Die rechtsgeschäftliche Entstehung des Sachnießbrauchs

nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Reinhold Schröder
Referendar in Hirschberg i. Schl.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard.**
Korreferent: Professor Dr. **Schott.**

Meinem Paten,

Herrn Kaufmann **Reinhold Engel** in Wien,

in dankbarer Verehrung zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

A. Zum gemeinen Recht.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. Bd. 1. Stuttgart 1877.

Brinz, Pandekten. Bd. 1. 3. Aufl. Erlangen 1884.

Buerkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch. (1856.) München 1880.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes. 5. und 6. Aufl. Wien 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Berlin 1902; Bd. 3. 4. Aufl. Berlin 1894.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. Leipzig 1860.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.

Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigentumsübertragung nach römischem Recht. München 1881.

Held, Die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Dissert. Würzburg 1848.

Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte. Bd. 2. Darmstadt 1843.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.

Leonhard, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius, Bd. 25 S. 177 ff.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Rudorff. Bd. 1. Leipzig 1847.

v. Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. 2. Berlin 1853.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. von Rudorff. Wien 1865.

Schmidt, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 3. Leipzig 1859.

Schmidtlein, De servitutibus per pactum constituendis. Gotting. 1823.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1865.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

B. Zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, erläutert. Berlin 1898.
Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Jena 1901.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3: Sachenrecht. Halle a. S. 1898.
Eccius, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius, Bd. 47 S. 51 ff.: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1. und 2. Aufl. Berlin 1904.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. u. 4. Aufl. Bd. 2. Teil 1: Sachenrecht. Berlin 1898.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 18. 8. 1896. Ein dogmatisches Lehrbuch. 2. Häfte. Berlin 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3: Sachenrecht. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1900.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 2. Aufl. Berlin 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert. Bd. 3: Sachenrecht. 1. und 2. Aufl. Berlin 1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. Bd. 3: Sachenrecht. Berlin 1899.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Bd. 3: Sachenrecht, erläutert von Kober. 2. Aufl. München 1903.
Stöver, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 149 ff.: Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft?
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Einleitung.

„Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia" (l. 1 D. de usufructu 7, 1). „Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen[1]) der Sache zu ziehen (Nießbrauch)" (§ 1030 BGB.).

So lauten die im wesentlichen übereinstimmenden Definitionen des Nießbrauchs nach römischem und heutigem Rechte.

Der Nießbrauch ist das dingliche Recht, von einer fremden Sache jeden Nutzen zu ziehen, der ohne Eingriff in ihre Substanz gezogen werden kann.

Er ist ein Recht „an einer fremden Sache" (ius in re aliena, „Belastung"). Er ist das umfassendste Recht an fremder Sache, er geht auf die gesamten Nutzungen, so daß dem Eigentümer nur die „nuda proprietas" bleibt. Nach BGB. und nach römischem Rechte ist er die wichtigste Personalservitut. Von den Personalservituten des römischen Rechts ist er auch wohl die älteste; dafür spricht, daß er oft als Repräsentant der ganzen Klasse genannt wird.

Zweck des Nießbrauchs ist, dem Nießbraucher den vollen Genuß an der Sache zu verschaffen, dem Eigentümer aber den Stammwert zu erhalten. Hauptanwendungsfall ist daher die Bestellung durch Vermächtnis; in dieser Form dürfte der Nießbrauch im römischen Rechte auch wohl zuerst aufgekommen sein. Seinem höchstpersönlichen Charakter entsprechend ist er, nach

---

[1]) Nutzungen sind nach § 100 BGB. „die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt".

römischem wie heutigem Rechte, unvererblich und unveräußerlich [1]) (§§ 1061, 1059 BGB.), seine Ausübung kann jedoch einem andern überlassen werden (§ 1059 Abs. 2 BGB.). Auch mehreren zusammen kann ein Nießbrauch an ein und derselben Sache zustehen; er ist ein teilbares Recht. Auch an ideellen Teilen einer Sache ist er möglich (§ 1066 BGB.). Bewegliche wie unbewegliche Sachen sind ihm unterworfen; an beweglichen Sachen ist er im BGB. die einzige mögliche Dienstbarkeit.

Der gemeinrechtlichen Lehre [2]) geläufige Unterscheidungen des Nießbrauchs sind die in eigentlichen und uneigentlichen. Unter eigentlichem Nießbrauch versteht sie den Nießbrauch an unverbrauchbaren Sachen, unter uneigentlichem den an verbrauchbaren Sachen und an Rechten. Obwohl das BGB. sich dieser Ausdrücke nicht bedient, sind sie auch heute noch wohl anwendbar. Da das BGB. den Nießbrauch an Rechten besonders regelt, so findet die Bezeichnung „uneigentlich" hier nur auf den uneigentlichen Sach nießbrauch Anwendung.

Das BGB. unterscheidet Nießbrauch an Sachen, an Rechten und am ganzen Vermögen. „Sachen" sind dem BGB. nur körperliche Gegenstände (§ 90). Der Nießbrauch an Sachen kann entstehen durch Rechtsgeschäft oder durch Ersitzung. Einen gesetzlichen Nießbrauch kennt das BGB. nicht, es spricht nur von ehemännlicher und elterlicher „Nutznießung"; [3]) diese findet im Familienrechte ihre Behandlung. Nießbrauch am ganzen Vermögen als einer sachenrechtlichen Einheit läßt das BGB. nicht zu; die

---

[1]) Der 1. Entw. des BGB. erklärte im § 1011 den Nießbrauch für übertragbar. — Im gemeinen Recht ging die seit langem herrschende Theorie dahin, daß der Nießbrauch unübertragbar sei; diese Theorie wurde in neuerer Zeit angegriffen (so von Dernburg dem Älteren, Elvers, v. Blume), jedoch ohne Erfolg; fest steht nur, daß nach gemeinem Rechte der Käufer eines Nießbrauchs eine selbständige dingliche Rechtsposition hat, während ihm nach BGB. nur ein Forderungsrecht gegen seinen Veräußerer zusteht (vgl. hierzu Gai, Inst. II, 30).

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 249; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 206.

[3]) Die von der gemeinrechtlichen Redeweise „usus fructus maritalis" abweichende Bezeichnung dieses Rechts als „Nutznießung" soll zum Ausdruck bringen, daß damit das dem Ehemanne bezw. Vater als solchem am Frauen- und Kindesgute zustehende Recht gemeint ist, das besonderen, von denen des Nießbrauchs abweichenden gesetzlichen Vorschriften unterliegt.

Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen kann also nur durch Nießbrauchsbestellung an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erfolgen (§ 1085). Auf die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte finden die für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften Anwendung; an einem nicht übertragbaren Rechte kann also ein Nießbrauch nicht bestellt werden (§ 1069).

Hinsichtlich des Nießbrauchs an Rechten und am ganzen Vermögen stimmen das gemeine Recht und das BGB. im wesentlichen überein. Anders beim Nießbrauch an Sachen. Abgesehen von andern Abweichungen, deren eine z. B. darin besteht, daß das gemeine Recht in jedem Falle eine cautio usufructuaria verlangt, während das BGB. in der Regel davon absieht, zeigt sich der Hauptunterschied des gemeinen Rechts und des BGB. in der Art und Weise, wie beide den Nießbrauch an Sachen auf rechtsgeschäftlichem Wege entstehen lassen.

Abhandlung.

Erster Teil.

Gemeines Recht.

Nach römischem und gemeinem Rechte entsteht der Nießbrauch wie jede andere Servitut nicht nur durch Willenserklärung unter Lebenden, sondern auch unmittelbar durch Legat; diese Bestellungsart war gegenüber der ersteren die bei weitem häufigere.[1])

A. Entstehung des Nießbrauchs durch Vertrag.

Soll durch Willenserklärung unter Lebenden an einer res corporalis Nießbrauch bestellt werden, so ist dazu erforderlich eine Willenseinigung des Bestellers und des Erwerbers, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll, ein Vertrag. Für diesen gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze. Er kann bedingt und befristet sein. Nießbrauch bestellen kann zunächst der Eigentümer der Sache, ferner der Emphyteuta und der Superfiziar, diese aber nur für die Dauer ihres Rechtes.[2]) Der Miteigentümer kann an seinem Anteile selbständig Nießbrauch bestellen. Ein Nichtberechtigter kann nach römischem Rechte eine vollgültige Servitut nicht bestellen. Für den Erwerb von Servituten werden außer den gewöhnlichen besondere Erfordernisse nicht aufgestellt.

Das gemeine Recht verlangt zur Begründung des Eigentums die Tradition. Auf demselben Wege können nach gemeinem Recht

---

[1]) Hoffmann, Lehre von den Servituten Bd. 2 S. 61.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 963.

auch Servituten bestellt werden; ob aber das Erfordernis der Tradition **notwendig** jedesmal dem Vertrage hinzutreten müsse, um eine gültige Servitut zu bestellen, oder ob **schon der bloße Vertrag** dazu ausreiche, darüber bestand im gemeinen Recht eine berühmte Kontroverse.

Die alte, seit den Glossatoren[1]) fast ohne Ausnahme anerkannte, mit der Lehre vom titulus und modus adquirendi[2]) zusammenhängende Theorie hielt für die Begründung von Servituten analog der Eigentumsübertragung Tradition für erforderlich; sie unterschied[3]) eine servitus constituta (ex conventione debita) und acquisita (mit hinzugetretener quasi traditio). Dagegen erklärte sich am Anfang vorigen Jahrhunders **Savigny** in seinen Vorlesungen,[4]) und seine Ansicht wurde von seinen Schülern[5]) aufgenommen und fortgebildet; ja, die Savignysche Ansicht fand in neuerer Zeit immer mehr Anhänger,[6]) so daß sie jetzt als die herrschende bezeichnet werden kann. Allerdings fehlt es auch auf der Gegenseite nicht an bedeutenden Gegnern,[7]) und noch in neuerer Zeit haben **Karlowa**[8]) und **Lenel**[9]) die alte Theorie verfochten.

„Es gibt wenige Meinungen," sagt **Puchta**[10]) von dieser

---

[1]) Cuiacius ad. leg. 2 D. de Publ. in rem actione (6, 2), Op. Ed. Neap. T. VII p. 369.

[2]) Die Romanisten des 18. Jahrhunderts nahmen an, daß sich bei jeder Eigentumsübertragung ein titulus (Rechtsgrund) und modus acquirendi (äußerer Akt der Übertragung) unterscheiden lasse, sich dabei vornehmlich auf l. 31 D. 41, 1 und l. 20 C. 2, 3 stützend. Diese Theorie, die auf die Abfassung des ALR. einen wesentlichen Einfluß ausgeübt hat, wird von den Neueren verworfen (s. unten Teil 2, Allgemeine Grundsätze des BGB.).

[3]) **Schönemann**, Servituten S. 138.

[4]) vgl. auch dess. Besitz S. 474 Note 1.

[5]) Besonders **E. J. Schmidtlein**, De servitutibus per pactum constituendis. Gotting 1823; ferner **Michelsen**, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 7 S. 362 ff.

[6]) **Schmidt v. Ilmenau**, Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 3 S. 246 ff.; **Elvers**, Römische Servitutenlehre § 64; **Puchta**, Vorlesungen Bd. 2 S. 358 ff.; **Dernburg**, Pand. Bd. 1 § 251, 4; **Arndts**, Pand. Bd. 1 § 188.

[7]) **Vangerow**, Pand. Bd. 1 § 350 Anm. 1; **Brinz**, Pand. Bd. 1 S. 792.

[8]) Das Rechtsgeschäft S. 223.

[9]) **Iherings** Jahrb. Bd. 19 S. 183 ff.

[10]) Vorlesungen Bd. 1 S. 359.

älteren Theorie, „die so ganz aller Begründung aus dem geschriebenen Rechte bar sind, denn nirgends ist ein Wort von der Notwendigkeit der Tradition gesagt. Die Meinung hat keinen Grund als den Irrtum, daß Tradition eine allgemeine Entstehungsform der dinglichen Rechte sei."

Und in der Tat, wenn man den Ausführungen der Anhänger der älteren Theorie nachgeht, findet man, daß durchgängig, bewußt oder unbewußt, dieser Gedanke der leitende für sie war. Vangerow[1]) spricht dies direkt aus; es sei unzivilistisch, sagt er, daß ein dingliches Recht ohne Tradition entstehe; ein Vertrag könne nur eine Obligation hervorbringen.[2]) Demgegenüber ist mit Recht hervorgehoben worden,[3]) daß eine derartige Bestimmung wie sie allerdings die meisten Gesetzgebungen haben, aus Rücksicht auf die Verkehrssicherheit getroffen werden könne, jedoch keineswegs aus der Natur der Sache folge; könne doch auch ein Pfandrecht durch bloßen Vertrag entstehen. Beruft man sich dagegen auf die Analogie der Eigentumsübertragung (l. 20 C. 2, 3: raditionibus et usucapionibus dominia[4]) rerum, non nudis pactis, transferuntur), so muß demgegenüber gesagt werden, daß diese für die Begründung der Servituten nichts Zwingendes hat.[5])[6])

---

[1]) Pand. Bd. 1 S. 754.

[2]) Die oft (auch von Vangerow) dafür als Beweis angeführte l. 3 pr. D. 44, 7 gehört gar nicht hierher, denn sie definiert nur den Begriff der Obligation, ohne daß davon die Rede wäre, ob aus einem Vertrage nicht außer der Obligation auch ein dingliches Recht entstehen könne. (Schmidt, Jahrb. für Dogmatik Bd. 3 S. 269.)

[3]) Hoffmann, Lehre von den Servituten Bd. 2 S. 66.

[4]) Unter dominia hat man im weiteren Sinne dingliche Rechte überhaupt verstehen wollen; dies ist jedoch vollends unzulässig.

[5]) Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 702; Dernburg, Pand. Bd. 1 S 619.

[6]) Eine andere Frage, die hier kurz zu berühren gestattet sein möge, ist die, ob diese Regelung, dingliche Rechte durch bloßen Vertrag entstehen zu lassen, vom gesetzestechnischen Standpunkte aus wünschenswert erscheint. Das BGB. hat sich, wie weiter unten auszuführen sein wird, hinsichtlich der Begründung aller dinglichen Rechte auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt, indem es in jedem dieser Fälle einen äußeren, den Rechtsvorgang erkennbar machenden Akt verlangt, und ihm ist hierin zu folgen, da diese Entscheidung der Frage am besten den modernen Verkehrsbedürfnissen gerecht wird. Um diese Frage zu lösen, muß man sich vorher die andere vorlegen, welche utilitas denn überhaupt der traditio zu-

Hätte nicht der Gedanke, daß die Tradition eine allgemeine Begründungsform dinglicher Rechte sei, von vornherein die Anhänger der älteren Theorie beeinflußt, so würde es allerdings

---

grunde liegt. Doch offenbar die, daß sie einmal Dritten das dingliche Recht erkennbar machen, zum andern dem Besteller die Möglichkeit entziehen soll, noch einmal über die Sache zu verfügen. Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben. Leonhard (Gruchots Beitr. Bd. 25 S. 204 ff.) bestreitet, daß die traditio im römischen Rechte diesen Zweck verfolgt habe, stellt vielmehr als Zweck der traditio lediglich den hin, daß sie ein Band zwischen dem Erwerber und der Sache herstellen sollte, durch welches er imstande wäre, sie an sich zu ziehen. Daß sie den zuerst genannten Zweck nicht haben könne, beweise die Zulassung des constitutum possessorium, während die Verhütung betrüglicher Doppelveräußerung lediglich durch das Strafrecht gewährleistet werde. Das erste Argument beweist jedoch eher das Gegenteil von dem, was Leonhard damit beweisen will: Eben weil das römische Recht grundsätzlich Erkennbarkeit forderte, verlangte es, wenn es ausnahmsweise davon absah, die ausdrückliche Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen der bisherige juristische Besitzer zum Detentor des Erwerbers wurde. Was den zweiten Einwand anlangt, so ist gewiß anzuerkennen, daß das Strafrecht diesen Zweck haben soll, aber nicht, wie Leonhard annimmt, an erster Stelle, sondern erst an zweiter. In erster Linie muß das Zivilrecht selbst Bestimmungen treffen, die eine unredliche Anwendung seiner Vorschriften erschweren oder unmöglich machen. Das geschieht aber hier am sichersten dadurch, daß dem Besteller dinglicher Rechte der Besitz und damit die Möglichkeit entzogen wird, entgegenstehende Verfügungen über die Sache zu treffen. Die traditio hat also einen weitergehenden Zweck als nur den, den Erwerber in die Lage zu versetzen, selbst oder durch den Besteller über die Sache zu verfügen; insbesondere gilt dies beim Nießbrauch. Dieser soll dem Erwerber die Früchte und die Vorteile des Gebrauchs der Sache verschaffen. Dieser Zweck kann nur dann ganz erreicht werden, wenn der Erwerber den tatsächlichen Besitz (die Detention) der Sache erlangt. Wäre das Recht des Erwerbers lediglich ein Fruchtziehungsrecht, dann könnte man sich eine Berechtigung ohne Besitz wohl denken. Sollen dem Erwerber aber außerdem noch die Vorteile des Gebrauchs der Sache zustehen, so läßt sich ein solches Recht ohne tatsächliche Innehabung der Sache kaum vorstellen. Die utilitas der traditio beim Nießbrauch liegt also nicht nur in der Erkennbarkeit und Sicherung des Erwerbers, sondern vornehmlich, als dem Wesen des Nießbrauchs entsprechend, darin, dem Erwerber die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung seines Rechts zu verschaffen, indem sie die Sache in seinen Gewahrsam bringt. Wann wir dazu kommen werden, nach gemeinem Recht trotzdem eine Begründung durch bloßen Vertrag als zulässig anzunehmen, so beruht dies auf ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen und logisch zwingenden Erwägungen. Daß das BGB. die hier als wünschenswert hingestellte Regelung angenommen hat, ist bereits erwähnt; wie es diesem Gedanken im einzelnen Geltung verschafft, werden wir weiter unten zu betrachten haben.

schwer begreiflich scheinen, wie sie zu dem Erfordernis der Tradition kommen konnten. Denn liest man die hier in Betracht kommenden Stellen unbefangen, so wird man ohne weiteres zu dem entgegengesetzten Resultate kommen. Die einschlägigen Stellen sind:

Gai, Inst. II, 31: alioquin in provincialibus praediis, sive quis usumfructum, sive ius eundi ... ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt;

§ 4 Inst. II, 3: Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet;

§ 1 Inst. II, 4: sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet; l. 3 pr. D. 7, 1: et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest;

l. 25 § 7 D. 7, 1: Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tum locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum, videndum. et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexta decimo secutus est, omni fructuario adquiri.

Entscheidend für die ganze Frage ist, wie man sich den historischen Entwicklungsgang denkt.

Im alten Rom wurde eine iusta (iure constituta) servitus unter Lebenden durch in iure cessio und mancipatio begründet; erstere war die allgemein anwendbare Begründungsform (Ulp. fragm. XIX, 11: in iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus . . .), letztere nur bei Felddienstbarkeiten als res mancipi zulässig (Gai, Inst. II, 29: (iura praediorum) rusticorum vero etiam mancipari possunt). Die in iure cessio (Abtretung im Wege des Scheinprozesses) war lange Zeit die einzige Bestellungsform für den Nießbrauch (Gai, Inst. II § 30: ususfructus in iure cessionem tantum recipit) und noch in der Periode der klassischen Jurisprudenz erzeugte nur sie einen mit allen zivil-

rechtlichen Attributen ausgestatteten Nießbrauch.[1]) Besteller und Erwerber mußten römische Bürger sein und das Objekt so beschaffen, daß Rechte von Privaten daran zulässig waren. Durch Tradition konnte in alter Zeit Nießbrauch nicht erworben werden, weil anfangs bei Servituten ein Besitz nicht anerkannt wurde (Gai, Inst. II § 28: incorporales res traditionem non recipere manifestum est).

Nach der Erwerbung von Provinzen stellte sich das Bedürfnis nach einer andern Begründungsart heraus, da diese zivile Übertragungsform bei Provinzialgrundstücken, die nicht im zivilen Eigentum stehen konnten, ausgeschlossen war. Als solche neue Begründungsarten erwähnt Gaius (Inst. II § 31) pactiones et stipulationes. Dieser Bestellungsmodus scheint durch die Edikte der in den Provinzen mit großer Machtvollkommenheit schaltenden Magistrate geschaffen zu sein; es fragt sich, welche Bedeutung wir ihm beizulegen haben.

Die wahrscheinlichste Erklärungsweise dürfte wohl diese sein.[2])

In den von den Römern eroberten Provinzen mit hoher Kultur, wie Sizilien, kannte man sicherlich schon vorher Servituten. Wahrscheinlich wurden diese unter dem Einflusse griechischen Rechts, bei dem die Formlosigkeit der Verträge Regel war, formlos bestellt. Darauf scheinen die pactiones zu gehen. Diesen Rechtszustand scheinen die Römer unangetastet gelassen zu haben; ihr an die formale Behandlnng von Rechtsgeschäften gewöhnter Sinn verlangte aber eine Zutat, und diese scheinen sie in den römischrechtlichen Stipulationen beigefügt zu haben. Durch diese stipulatio (poenae) versprach der Servitutenbesteller, die Ausübung des Rechts des Servitutsberechtigten nicht stören, im Falle der Zuwiderhandlung aber eine Strafsumme zahlen zu wollen.

Die pactio war der peregrine Bestellungsakt, die stipulatio die römischrechtliche Zutat. Die stipulatio allein begründete nur eine persönliche Verbindlichkeit zwischen den Beteiligten, diente aber zugleich zur Bekräftigung des durch die pactio zum Ausdruck kommenden dinglichen Vertrages. Diese Begründungsart erhielt

---

[1]) Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 698.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 620.

Schutz durch die vom Prätor als actio utilis gegebene actio Publiciana und confessoria.[1])

Ganz anders faßt Vangerow[2]) die pactiones et stipulationes auf. Ausgehend von dem in der Regel dieser Verbindung beigefügten Worte efficere, läßt er kein dingliches, sondern nur ein dem dinglichen Recht dem Inhalt nach ähnliches Obligationsverhältnis entstehen, auf das die Grundsätze über Servituten soviel wie möglich zur Anwendung gebracht worden seien.

Im wesentlichen auf dem gleichen Standpunkte steht Brinz.[3])

Demgegenüber hebt Schönemann[4]) mit Recht hervor, daß sich aus dem Zusammenhang der Stelle bei Gaius (Inst. II § 31) das Gegenteil ergebe. In den §§ 28—30 setzt Gaius auseinander, wie an italischen Grundstücken Servituten entstehen; wenn er nun in § 31 fortfährt, wer an Provinzialgrundstücken Servituten bestellen wolle, könne pactionibus et stipulationibus id efficere, so ist zweifellos, daß er damit hier wie dort das dingliche Recht meint.

Noch mehr gegen die Vangerowsche Ansicht spricht der in den Quellen gewöhnliche Gebrauch des Wortes constituere. Daß dies auf das dingliche Recht geht, dürfte kaum bezweifelt werden können.[5])

Die Ansicht, daß durch die pactiones et stipulationes wenigstens zunächst nur ein obligatorisches Verhältnis geschaffen worden sei, in dem erst im Laufe der Zeit eine wirkliche Begründung des Rechts der Dienstbarkeit gefunden worden sei, findet man häufig vertreten; so bei Windscheid[6]) und Puchta.[7]) In etwas veränderter Fassung kehrt derselbe Gedanke bei Ihering[8]) wieder, der die Provinzialservituten als aktiv wie passiv auf die Nach-

---

[1]) Schmidt, Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 266.

[2]) Pand. Bd. 1 S. 755.

[3]) Pand. Bd. 1 S. 792.

[4]) Die Servituten S. 139.

[5]) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 963; Arndts, Pand. Bd. 1 S. 307 Anm. 1.

[6]) Pand. Bd. 1 S. 963.

[7]) Vorlesungen Bd. 1 S. 360.

[8]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 184.

folger beider Grundstücke übergehend auffaßt. Gegen die von Windscheid vertretene Auffassung erklärt sich mit Recht Lenel.[1]) Die Römer müßten, da schon vor der Eroberung der Provinzen durch sie dort Servituten bestanden haben müssen, diese unmöglich gemacht und erst allmählich dem praktischen Bedürfnisse entsprochen haben, was höchst unwahrscheinlich ist. Auch wissen die Quellen von einer solchen Entwicklung nichts; sie sprechen nur von pactiones et stipulationes als Mittel der Servitutenbegründung, ohne einen älteren Rechtszustand zu erwähnen. Gegen die Iheringsche Ansicht hinwiederum spricht, daß die Quellen von einer Stipulation dieses Inhalts nichts wissen.[2])

Aber nicht nur das ganze durch pactiones et stipulationes zustande gekommene Geschäft hat eine verschiedene Deutung erfahren, auch über die Bedeutung der einzelnen ihm zugrunde liegenden Bestandteile ist man vielfach uneinig.

Dieselbe Ansicht wie Dernburg, daß nämlich die stipulatio einen obligatorischen Vertrag darstelle, der zur Bekräftigung und Verdeutlichung dem dinglichen Vertrage hinzutrete, vertritt Elvers[3]) mit Berufung auf die l. 33 D. 8, 3.

Demgegenüber wollen Lenel[4]) (dieser ein Anhänger der älteren, Tradition für erforderlich erachtenden Theorie, s. o.) und Schmidt[5]) in der stipulatio ein Traditionssurrogat sehen, das, wie die traditio für die Eigentumsübertragung, den Ausdruck des Willens auf die sofortige Entstehung des Rechts enthalte, und welches erst das dingliche Recht schaffe. Dabei beruft sich Lenel auf die l. 20 D. 8, 1 und die l. 25 § 7 D. 7, 1; doch kann m. E. aus diesen ein solcher Schluß nicht abgeleitet werden, da in der zuerst zitierten Stelle Javolenus nur sagt, usum (nicht aber die Ausübung auf Grund der Abmachung: per te non fieri . . .) pro traditione accipiendum esse, in der zweiten Stelle aber

---

[1]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 184.

[2]) Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 224.

[3]) Die römische Servitutenlehre S. 715.

[4]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 185.

[5]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 275. Nicht jedoch Karlowa, wie Dernburg fälschlich annimmt (vgl. die Ausführungen Karlowas, Das Rechtsgeschäft S. 225).

traditio und stipulatio selbständig nebeneinander genannt werden, ohne daß daraus auf eine innere Verbindung beider geschlossen werden dürfte. Schmidt,[1]) der deswegen die stipulatio als einen dinglichen Vertrag ansehen muß, gelangt gar zu dem vollends unannehmbaren Resultate, daß die pactiones nicht einen dinglichen, sondern einen Vorvertrag darstellen; dafür beruft er sich auf die sonst allgemein für die gegenteilige Ansicht in Anspruch genommene Erklärung des Theophilus (II, 3 § 4).

Neben dieser Rechtsentwicklung in den Provinzen ging eine andere in Italien einher. Noch zur Zeit des Gaius war, wie wir bereits oben sahen, Tradition als Begründungsart für Servituten als unkörperliche Sachen nicht zulässig. Indem man jedoch dazu kam, die Tradition als Quasitradition zuzulassen und in dieser die Einräumung der auf Grund davon wirklich erfolgenden Ausübung zu sehen, war auch für die Begründung von Servituten ein neuer, gegenüber dem alten durch in iure cessio und mancipatio den Vorzug größerer Formlosigkeit gewährender Bestellungsmodus geschaffen; Besteller und Erwerber brauchen hier nicht römische Bürger zu sein (l. 11 § 1 D. 6, 2, l. 1 pr. D. 7, 4). Die Quasitradition dürfte, wie Schmidt[2]) annimmt, zur Zeit des Javolen aufgekommen sein, da dieser der älteste Schriftsteller ist, der von ihr spricht (l. 20 D. 8, 1 s. o.). Auch bei ihr trat der Schutz des Prätors ein (l. 25 § 7 D. 7, 1). Die Theorie scheint die auf diesem Wege entstandenen Servituten zuerst nicht als vollgültig anerkannt zu haben;[3]) sie nannte sie servitutes tuitione praetoris constitutae (l. 1 pr. D. 7, 4). Mit der Zeit erlangten die so bestellten Servituten jedoch mit dem gleichen prätorischen Schutz auch die gleiche Anerkennung wie die zivilrechtlich bestellten.

Dem justinianischen Recht sind in iure cessio und mancipatio unbekannt. Die übrigbleibenden Bestellungsformen, nämlich die durch bloßen Vertrag und durch Quasitradition, hat es beide übernommen.

---

[1]) a. a. O.

[2]) a. a. O. S. 281.

[3]) Elvers, Römische Servitutenlehre S. 707.

Justinian (l. un. C. 7, 31) hob den Unterschied zwischen italischem und Provinzialboden auf; damit hätte eigentlich die bisher in Italien geltende Bestellungsform durch Quasitradition allgemeines Recht werden und die Entstehungsart durch bloßen Vertrag verdrängen müssen. Doch fand eher das Umgekehrte statt: Die Bestellung durch bloßen Vertrag wurde als allgemeine Bestellungsform ins justinianische Recht übernommen, daneben galt auch noch Quasitradition. Die erstere Form erwähnen die Institutionen, die zweite erst die Pandekten.[1])

Die Kompilatoren erwähnen die Bestellung durch pactiones et stipulationes immer an erster Stelle und machen ihretwegen Zusätze und Änderungen in den bisherigen Rechtsquellen wie die ganz eklatante in l. 3 D. 71, 3 (provincialium in ommium).[2])

Vangerow,[3]) der, da er ja aus pactiones et stipulationes nur ein obligatorisches Verhältnis entspringen lassen will, als Ersatz für sie die Einführung der Quasitradition in den Provinzen annimmt, geht auch von der Annahme aus, die Kompilatoren hätten das Provinzialrecht generalisiert. Da aber die Quellen vorzüglich von pactiones et stipulationes, nicht von Quasitradition sprechen, macht er die höchst unwahrscheinliche, ja gewaltsame Unterstellung, die Kompilatoren hätten aus Nachlässigkeit pactiones et stipulationes stehen lassen, so daß man überall die Quasitradition subintelligieren müsse; mit Recht weist Schmidt[4]) darauf hin, daß man ihnen wenigstens bei Abfassung der Institutionen, die vor allem die pactiones et stipulationes erwähnen, doch unmöglich eine solche Nachlässigkeit zutrauen könne.

Daß die Quasitradition, wie manche glauben, im justinianischen Recht die Bedeutung gehabt habe, daß auf sie die actio Publiciana gestützt werden konnte, erscheint unwahrscheinlich;[5]) war auch die Bestellung durch bloßen Vertrag vollgültig, was

---

[1]) Schmidt, Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 284.

[2]) Elvers a. a. O. S. 709.

[3]) Pand. Bd. 1 S. 755.

[4]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 274.

[5]) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 964.

nicht bezweifelt werden kann, so mußten auch bei ihr die Schutzmittel der actio Publiciana und confessoria gegeben sein.[1])

Was folgt nun daraus für das gemeine Recht? Das gemeine Recht kennt keine Stipulation mehr. Soll man aber hieraus schließen: Also können Servituten nur auf dem andern Wege, dem der Quasitradition, bestellt werden? Dies will Karlowa,[2]) indem er meint, wegen der größeren Formlosigkeit des gemeinen Rechts müsse man an der strengeren Form, der der Quasitradition, festhalten. Hierfür scheinen jedoch keine zwingenden Gründe vorzuliegen. Wie wir sahen, daß die Stipulation ursprünglich nur eine römischrechtliche Zutat zu dem dinglichen Servitutenbestellungsvertrage war, so werden wir, wenn das gemeine Recht diesen Vertrag nicht kennt, darum nicht den Kern des Geschäfts, den dinglichen Vertrag, mitaufgeben, vielmehr zu dem Schlusse kommen, daß für das gemeine Recht „einfach derjenige Vertrag an die Stelle tritt, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des Rechts gerichtet ist".[3])

Auch an verbrauchbaren Sachen kann wie im heutigen so auch im gemeinen Recht[4]) Nießbrauch bestellt werden; dies geschieht, indem der Nießbraucher Eigentümer wird.

Es fragt sich, wie sich die Bestellung des uneigentlichen Nießbrauchs im gemeinen Recht gestaltet, ob nicht etwa hier das für den Eigentumserwerb sonst allgemein geltende Traditionsprinzip Anwendung findet. Elvers[5]) nimmt dies an, stützt sich dabei jedoch auf die längst überwundene Lehre vom titulus und modus adquirendi. Ihm folgt Held,[6]) auf dessen Meinung wir jedoch nicht einzugehen brauchen, da er ein Anhänger der alten

---

[1]) Schmidt a. a. O. S. 283.

[2]) Das Rechtsgeschäft S. 224.

[3]) Schmidt, Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 285.

[4]) Vielfach wurde früher angenommen, an verbrauchbaren Sachen könne durch Vertrag Nießbrauch nicht bestellt werden, weil in den Quellen (l. 1 D. 7, 5) nur von einem legatum usufructus gesprochen werde (Held, Lehre vom usufructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur S. 59). Dies bezeichnet jedoch nur die Hauptbegründungsart.

[5]) Römische Servitutenlehre S. 584.

[6]) a. a. O. S. 60.

Theorie ist, die auch für Begründung eines eigentlichen Nießbrauchs Tradition verlangt.

Schönemann[1]) dagegen, wie Elvers ein Anhänger der Savignyschen Theorie, stellt den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen „in bezug auf Entstehung, Endigung und Kaution dem echten ususfructus völlig gleich". Und man darf wohl kein Bedenken tragen, sich dieser Meinung anzuschließen, da doch nach richtiger Ansicht der eigentliche Nießbrauch nicht der Tradition bedarf, im Gesetz aber keine abweichenden Vorschriften für den uneigentlichen Nießbrauch aufgestellt sind.

Neben der selbständigen Errichtung von Servituten kannte das römische Recht noch eine besondere Form ihrer Begründung, nämlich durch deductio bei Übertragung des Eigentums einer Sache. Die Quellen sprechen hier von deducere, excipere, recipere servitutem, wodurch die Vorstellung erweckt wird, als behalte der Eigentümer einen Teil der ihm bisher zustehenden Eigentumsbefugnisse zurück.[2]) Läge dieser Fall vor, dann handelte es sich um eine ganz neue, eigentümliche Begründungsart von Servituten, die sich von der gewöhnlichen Bestellungsweise von Grund aus unterschiede. Ob wirklich hier ein ganz neuer Bestellungsmodus vorliegt, oder ob vielleicht der Kern auch dieses Geschäfts auf die gewöhnliche Begründungsart zurückführt, nur die Form eine ungewöhnliche sei, bedarf näherer Untersuchung.

Eigentum ist, wie Dernburg[3]) ausführt, vollkommene Herrschaft über eine Sache, die Servitut ist an einen bestimmten Zweck gebunden, nach dem sich Umfang, Art und Dauer normiert. „Hätte daher das römische Recht dem Eigentümer erlaubt, bei einer Weiterübertragung seiner Sache einzelne Eigentumsbefugnisse zurückzuhalten, so würden diese Eigentumsrechte in ihrer natürlichen Schrankenlosigkeit eine eigene Klasse von Rechten für sich bilden, niemals aber sich zu Servituten gestalten, d. h. zu Gerechtsamen eines bestimmten Subjektes zu bestimmtem Zweck."

---

[1]) Servituten S. 83.

[2]) Diese Annahme findet man bei vielen älteren Schriftstellern, so noch bei Arndts, Pand. Bd. 1 § 371, 2.

[3]) Pfandrecht Bd. 1 S. 272 ff.

Ähnlich führt Freisen[1]) aus, daß das Eigentum eine universelle Machtvollkommenheit in sich schlösse, die keiner näheren Begrenzung auf einzelne Befugnisse unterliege; andererseits sei das dingliche Recht kein vermindertes Eigentum.[2]) Um dies zu beweisen, beruft er sich auf die l. 25 pr. D. 50, 6: recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse.

Hat jemand an einem fundus das Eigentum und ein anderer an demselben fundus den ususfructus, so hat der Eigentümer immer noch das ganze Eigentum; es ist nicht etwa um den Nießbrauch vermindert, denn dieser ist ein qualitativ vom Eigentum verschiedenes Recht.

Die Servitut, fährt er S. 16 fort, sei ein Recht an fremder Sache, das dem logischen Begriffe nach der Eigentümer nicht haben könne (l. 5 pr. D. 7, 6: nec enim potest ei suus fundus servire; l. 26 D. 8, 2: nulli res sua servit). Aber auch die Quellen selbst, die ausdrücklich von der deductio handelten, sagten deutlich, daß diese eine Neukonstituierung sei.[3]) l. 10 D. 8, 4: quidquid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi oportet: nam illa generalis receptio „quibus est servitus utique est" ad extraneos pertinet, ipsi nihil prospicit venditori ad iura eius conservanda: nulla enim habuit, quia nemo ipse sibi servitutem debet; quin immo et si debita fuit servitus, deinde dominium rei servientis pervenit ad me consequenter dicitur extingui servitutem. Hat jemand zwei Grundstücke und benutzt er eins zum Vorteil des andern, so kann er dadurch, daß er bei Veräußerung des ersteren den allgemeinen Vorbehalt macht, die an demselben bestehenden Benutzungsrechte sollen erhalten bleiben, keine Servitut für sich zurückzubehalten, denn von diesen Rechten wird gesagt nulla habuit; die Servitut bedarf vielmehr der Neukonstituierung und dies muß nominatim geschehen.

---

[1]) Vorbehalt von dinglichen Rechten bei Eigentumsübertragung S. 5 ff.

[2]) a. a. O. S. 12.

[3]) a. a. O. S. 34.

Wie aber verträgt sich mit dieser Auffassung das positive römische Recht der älteren Zeit? Hier konnte durch deductio Nießbrauch auf zweierlei Art begründet werden; einmal konnte die deductio vorkommen bei der mancipatio Gai II, 33 ... quam vis (ususfructus) etiam per mansipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest ...; und ebenso bei der in iure cessio Vat. frag. II, 47: per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri. Per „do lego" legatum et per in iure cessionem et deduci et dari potest. Im letzteren Falle, meint Freisen,[1]) müsse man annehmen, die Servitut bleibe gleich zurück; denn die in iure cessio sei eine legis actio, d. h. ihr Ergebnis gleich einem Urteile. Und im Falle der deductio im Wege der mancipatio liege eine Neubegründung der Servitut durch den Eigentümer vor, ohne daß jedoch die Servitut ein Stück des Eigentums sei, was auch daraus hervorgehe, daß sie nicht bei der Tradition möglich war (Vat. frag. II, 47: in re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest; nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione quae est iuris gentium). Dernburg[2]) findet die Erklärung dafür, daß es im älteren Recht keines besonderen Konstituierungsaktes für die Begründung der Servitut bedurfte, darin, daß man in der älteren, der Ausbildung der wissenschaftlichen Jurisprudenz um viele Jahrhunderte vorhergehenden Zeit sich an die vulgäre Auffassung anlehnte, die Eigentum und Servitut nur als etwas quantitativ verschiedenes ansah. Freisen[3]) läßt dies gelten, jedoch nicht mehr für die Zeit des Gaius. „Für diese Zeit ist die deductio nur aufzufassen als eine Singularität, welche die spätere Rechtsentwicklung aus dem ältesten Recht mit hinübernahm, weil praktische Gründe für ihre Beibehaltung sprachen."

Im justinianischen Recht entstehen Servituten durch bloßen Vertrag; hier sind die Schwierigkeiten, die uns im älteren Recht bei der Erklärung der deductio entgegenstanden, fortgefallen. „Die deductio läßt sich einfach erklären als ein dinglicher formloser Vertrag, durch welchen das dingliche Recht nach vollzogenem

---

[1]) a. a. O. S. 53.

[2]) Pfandrecht Bd. 1 S. 277.

[3]) a. a. O. S. 54.

Eigentumsübergang von dem Erwerber des Eigentums begründet wird." [1])

Im justinianischen Recht kann die deductio auch gelegentlich der Eigentumstradition der Sache stattfinden, was nach klassischem Recht nicht der Fall war. Die Tradition hat im Laufe der Zeit die Funktionen der in iure cessio übernommen.

B. Entstehung des Nießbrauchs durch letztwillige Verfügung.

Nach römischem Recht kann ein Nießbrauch an Sachen auch durch letztwillige Verfügung bestellt werden.[2])

Mittels des legatum per vindicationem kann der Erblasser unmittelbar Nießbrauch an den von ihm hinterlassenen Sachen bestellen. Vat. frag. II, 47: Per „do lego" legatum et per in iure cessionem et deduci et dari potest (scl. ususfructus).

Paul. Sent. III, 6 § 17: ususfructus unius cuiusque rei legari potest et aut ipso iure constituetur aut per heredem praestabitur ex causa quidem damnationis per heredem praestabitur; ipso autem iure per vindicationem.

Das legatum per vindicationem ist eine unmittelbare Vergebung der Sache oder des Rechts durch den Testator. Auktor des Rechts ist der Testator, nicht der Erbe. Mit dem Erwerb des Legats wird der Legatar Servitutsberechtigter, und es steht ihm die vindicatio iuris (actio in rem confessoria) zu. Erfordert werden für das legatum per vindicationem certa verba und es müssen die legierten Sachen im Eigentum des Testators stehen.

Der Erwerb des Vermächtnisses erfolgt mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben. Der Nießbrauch ist unvererblich, daher fällt der dies cedens mit dem Erwerbe der Erbschaft durch den Erben zusammen. Der Vermächtnisnehmer muß also diesen Zeitpunkt erleben.

---

[1]) a. a. O. S. 56.

[2]) Fälle der Nießbrauchsbestellung durch Vermächtnis zählt § 1 Inst. II, 4 auf: 1. der Erbe hat das Eigentum, der Legatar den Nießbrauch, 2. umgekehrt, 3. ein Legatar hat das Eigentum, ein anderer den Nießbrauch.

Wie schon aus der oben angeführten Stelle der Vat. fr. (II, 47) hervorgeht, kann auch beim Vermächtnis einer Sache die deductio eines Nießbrauchs vorkommen, auf die dann die bei dieser geltenden Grundsätze Anwendung finden.

Nachdem endgültig durch Justinian auch den Fideikommissen dingliche Rechtswirkung beigemessen war (per omnia exaequata sunt legata fideicommissis) kann auch durch diese unmittelbar Nießbrauch bestellt werden; ob hier der Wille des Testators darauf gerichtet ist, dem Legatar sogleich das dingliche Recht oder nur ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Bestellung des Nießbrauchs zu verschaffen, ist nach dem aus den Umständen des einzelnen Falls hervorgehenden Willen des Testators zu erforschen.[1])

Hiernach kann ein Nießbrauch auch stillschweigend konstituiert werden. Dies „ist namentlich anzunehmen, wenn eine Sache legiert ist, welche ohne Servitut an einer andern Sache gar nicht benutzt werden kann, indem sie z. B. keinen Zugang hat“, oder „wenn dauernde Vorrichtungen des legierten Grundstücks in ein anderes Grundstück des Erblassers hineinragen“.[2]) Hat jemand schon zu Lebzeiten des Erblassers den Nießbrauch an einer Sache gehabt und wird ihm das Eigentum an dieser Sache vermacht mit der Verpflichtung, es weiter zu übertragen, so muß der Testator, wenn er dem bisherigen Nießbraucher den Nießbrauch erhalten will, ausdrücklich die Worte beifügen deducto usufructu, weil andernfalls angenommen wird, er habe das so wichtige Recht des Nießbrauchs nicht vom Eigentume trennen wollen.[3]) Diesen Gedanken bringt zum Ausdruck l. 19 D. 33, 2: Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur, nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usufructu lego, vel Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato.“ quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura

---

[1]) Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 718.

[2]) a. a. S. 719.

[3]) a. a. O. S. 721.

quam peractum sit. In diesem Falle erhält also nicht der eine Legatar das Eigentum, der andere den Nießbrauch, sondern beide erhalten den Nießbrauch zu gleichen Teilen, und der eine außerdem das Eigentum. Für das gemeine Recht gilt eine solche Auslegung natürlich nicht mehr.

Eine eigentümliche Gestalt nimmt das Akkreszenzrecht beim Nießbrauch an, der mehreren vermacht ist.[1]) Beim Legat körperlicher Sachen kann Akkreszenz nicht mehr vorkommen, wenn jeder seine Portion angetreten hat, beim Legat eines Nießbrauchs jedoch ist dies möglich. Ja, wenn von mehreren Nießbrauchern einer seinen Anteil verliert, so behält er doch das Recht auf Akkreszenz; das gleiche gilt auch, wenn Eigentum und Nießbrauch verteilt sind, so daß der Eigentümer, der die Sache bereits veräußert hat, doch noch den Nießbrauch an ihr erlangen kann.[2]) [3]) Vermachte jemand einem andern den Nießbrauch, so hatte er damit gewöhnlich die Absicht, daß jener Zeit seines Lebens versorgt sein sollte. Dieser Zweck konnte durch capitis deminutio des Nießbrauchers, die den Verlust des Nießbrauchs nach sich zog, vereitelt werden. Um diese Gefahr zu beseitigen, gebrauchte man besondere Klauseln (l. 3 pr. D. 7, 4) oder nahm an, daß der nur auf bestimmte Zeiten vermachte Nießbrauch mit jedem Termin neu wieder auflebe (l. 1 § 3 D. 7, 4).[4]) Aus diesem Streben nach Erhaltung des Nießbrauchsrechts beim Nießbraucher erklären sich die Eigentümlichkeiten des Akkreszenzrechts.

Auch an verbrauchbaren Sachen entsteht Nießbrauch durch letztwillige Verfügung; das Senatskonsult, das ihn zuließ, hatte ursprünglich nur diesen Fall der Bestellung im Auge. Hier begründet jedoch das Legat nur eine Forderung, das dingliche Recht entsteht erst durch Tradition.[5]) l. 7 D. 7, 6: si vini, olei, frumenti

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 3 S. 222; Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 727 ff.

[2]) Elvers S. 734.

[3]) Als Grund führen die Quellen an: usus fructus cotidie constituitur et legatur.

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 3 S. 222.

[5]) Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 127.

usus fructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est. „Der Grund der Ausschließung des unmittelbaren Überganges des Nießbrauchs in diesen Fällen kann darin gefunden werden, daß der Kautionsberechtigte vor der Kautionsleistung bezüglich des legierten Gegenstandes möglichst gesichert sein sollte.“ [1])

[1]) a. a. O. S. 129.

Zweiter Teil.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Die Fälle, in denen nach BGB. ein Nießbrauch vorkommt, sind hauptsächlich zwei: einmal wird er letztwillig angeordnet, meist zugunsten des überlebenden Ehegatten, und zweitens wird er ausbedungen als sogen. Altenteil bei Auszugsverträgen.

Durch Rechtsgeschäft auf den Todesfall kann nach BGB. das dingliche Recht des Nießbrauchs nicht begründet werden.[1]) Für das Nießbrauchsvermächtnis gelten nach BGB. keine abweichenden Regeln, es entsteht also nach § 2174 BGB. nur ein Forderungsrecht des Vermächtnisnehmers gegen den Erben auf Bestellung des Nießbrauchs. Der Nießbrauch kann bestellt werden am ganzen Nachlaß (§ 1089 BGB.), er kann aber, da er teilbar ist, auch an einem Bruchteile der Erbschaft vorkommen. Steht der Nachlaß mehreren Miterben zu und soll der Nießbrauch an bestimmten Nachlaßgegenständen bestellt werden, so müssen alle Miterben bei der Bestellung mitwirken[2]) (§ 2040 Abs. 1), weil keiner über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen selbständig verfügen darf (§ 2033 Abs. 2).

Eine ähnliche Stellung wie der Nießbraucher hat der Vorerbe bei der Nacherbfolge (§§ 2100 ff.); wenn aber auch die Absicht des Erblassers nur darauf gerichtet gewesen sein sollte, ihm die Nutzungen der Erbschaft zuzuwenden, so ist er rechtlich doch als

---

[1]) Der Grund hierfür liegt in der vom Gesetz im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit geforderten Erkennbarkeit dinglicher Rechte (s. unten) und der sich hieraus ergebenden Unzulässigkeit der Bestellung dinglicher Rechte durch bloße Willenserklärung.

[2]) Windscheid, Pand. Bd 1 S. 967.

wirklicher Erbe,[1]) also Eigentümer, nicht Nießbraucher der Nachlaßsachen anzusehen.

Im Wege des Rechtsgeschäfts kann also nach BGB. ein Nießbrauch nur durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch Vertrag, bestellt werden.

Von dem auf die Bestellung des dinglichen Rechtes gerichteten Vertrage zu unterscheiden ist der nur eine Verpflichtung zur Begründung des dinglichen Rechtes enthaltende Vorvertrag. Soweit dieser auf Bestellung des Nießbrauchs am ganzen Vermögen oder an einem Bruchteile desselben gerichtet ist, bedarf er nach § 311 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Im übrigen ist er formlos.

Im Anschluß an die deutschrechtliche Unterscheidung von Liegenschaften und Fahrnis und im Gegensatz zum römischen Recht macht das BGB. hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der Sachen einen grundlegenden Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, der sich durch das ganze Sachenrecht zieht, wenn er auch äußerlich nicht immer vollständig durchgeführt ist, wie z. B. in dem vom Nießbrauche handelnden Titel. Die unbeweglichen Sachen nennt das BGB. regelmäßig Grundstücke.

A. Allgemeine Grundsätze des BGB. für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von dinglichen Rechten.

Für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von dinglichen Rechten stellt das Gesetz eine Reihe oberster Grundsätze auf, die für bewegliche wie unbewegliche Sachen gleichmäßig gelten. Die Betrachtung dieser Grundsätze dürfte nicht überflüssig erscheinen, zumal gerade sie wesentlich dazu beizutragen geeignet ist, den Gegensatz des BGB. in der zu behandelnden Frage zum gemeinen Recht deutlich in die Erscheinung treten zu lassen.

1. In erster Linie hat das BGB. für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von dinglichen Rechten das Publizitätsprinzip.[2]) Wenn jemand ein dingliches, d. h. eine unmittelbare Herrschaft über die

---

[1]) Neumann, BGB. Bd. 2 zu § 2100.

[2]) Planck, Komm. z. BGB. Bd. 3 S. 10 ff.

Sache gestattendes Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, dann soll die Entstehung dieses „Rechts an der Sache“, wie das BGB. das dingliche Recht nennt, auch durch einen äußeren Vorgang kenntlich gemacht werden. Vom logischen Standpunkt aus wäre es allerdings zu rechtfertigen, wenn das Gesetz den bloßen auf die Entstehung des dinglichen Rechts gerichteten Vertrag der Beteiligten für ausreichend erklärte. Hierdurch würde jedoch die Rechts- und damit die Verkehrssicherheit gefährdet werden, weil der Erwerber Gefahr liefe, daß der Besteller über das einzuräumende dingliche Recht schon anderweitig verfügt habe. Das Gesetz verlangt daher zur Begründung von dinglichen Rechten vielfach einen äußeren Akt, der sowohl Dritten gegenüber die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte deutlich hervortreten läßt, als auch den Beteiligten selbst klar zum Bewußtsein bringt, daß sie nicht etwa ein obligatorisches, sondern ein die unmittelbare Herrschaft über die Sache gewährendes Recht begründen.

Das römische Recht verlangte als solchen äußeren Akt bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen die Tradition. Doch konnte diese nicht in allen Fällen der Begründung von dinglichen Rechten Anwendung finden.

Das deutsche Recht hatte das Traditionsprinzip nur für bewegliche Sachen; zur Begründung von Rechten an Grundstücken verlangte es Eintragung in öffentliche Bücher.

Durch die Rezeption des römischen Rechts wurde diese deutschrechtliche Entwicklung jedoch zurückgedrängt und es galt allgemein das Traditionsprinzip. Das deutsche Recht lebte nur vereinzelt, namentlich in den Statuten der Hansastädte, fort.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht das französische Recht; der Code civil läßt sowohl das Eigentum wie andere dingliche Rechte durch den bloßen Vertrag entstehen.

Dem deutschen Rechtsgedanken hat jetzt das BGB. wieder zur Geltung verholfen, indem es den Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen von der Tradition, an Grundstücken von der Eintragung ins Grundbuch abhängig macht. Dieses bildet jetzt die Quelle aller Sachenrechte an Grundstücken. Wegen seiner großen Wichtigkeit ist darum der das materielle Grundbuchrecht

behandelnde Abschnitt über Rechte an Grundstücken (§§ 873—902) vorangestellt.

2. Ein zweiter wichtiger Grundsatz des BGB. verordnet die Abstraktheit des dinglichen Vertrags.[1]) Zum Erwerb von dinglichen Rechten genügt natürlicherweise nicht die Übertragung resp. Eintragung im Grundbuch, Haupterfordernis ist vielmehr, daß die Beteiligten darüber einig sind, daß das Recht übergehen soll. Man könnte sich nun diese „Einigung“, wie der technische Ausdruck des BGB. für den dinglichen Vertrag lautet, so gestaltet denken, daß sie abhängig wäre von der ihr zugrunde liegenden causa. Da ja jede Einigung nicht um ihrer selbst willen vorgenommen wird, sondern ihre Entstehung einem Rechtsgrunde verdankt, so erscheint es nicht mehr wie logisch zu sein, wenn man mit dem Wegfallen eines gültigen Rechtsgrundes auch die auf ihm fußende Einigung ihre Kraft einbüßen ließe. Auf diesem Standpunkte stand das preuß. ALR., indem es im Anschluß an die bereits erwähnte ältere gemeinrechtliche Theorie vom titulus und modus acquirendi den Rechtserwerb von einem Titel des Erwerbers abhängig machte.[2]) Diese Regelung gefährdet jedoch die Rechtssicherheit in erheblicher Weise. Soll ein sicherer Rechtszustand geschaffen werden, soll der Kredit gedeihen, so muß der dingliche Vertrag losgelöst werden von den persönlichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten; sind also die Parteien darüber einig geworden, daß ein dingliches Recht begründet werden soll, dann muß der Erwerber es erhalten, auch wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft, z. B. ein Kaufvertrag, nichtig sein sollte.

Diesem Gedanken kam bereits im gemeinen Recht in jüngerer Zeit eine Theorie zu Hilfe, die die iusta causa traditionis der Quellen nicht in einem Rechtsgrund, sondern in der Tradition selbst suchte, diese daher als ein abstraktes Rechtsgeschäft, losgelöst von dem zwischen den Beteiligten bestehenden obligatorischen Rechts-

---

[1]) Planck a. a. O. S. 14 ff.

[2]) ALR. I, 9 § 1: „Die äußeren Handlungen, durch welche das Eigentum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten (modus acquirendi)“. § 2: „Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigentum erworben werden kann, wird der Titel des Eigentums genannt“.

verhältnis ansah.[1]) In gleicher Weise regelt nun auch das BGB. die Natur dieser Einigung. Der 1. Entw. enthielt im § 829 Abs. 1 eine besondere Bestimmung, die diesen Grundsatz aussprach. Die 1. Kommission begründete ihn ausführlich. Von der 2. Kommission, die den Ausführungen der 1. Kommission in allen Hauptpunkten beistimmte, wurde diese Vorschrift als sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebend gestrichen.

Im Gegensatze zur 1. Kommission, welche die Einigung als dinglichen Vertrag bezeichnete, glaubte jedoch die 2. Kommission (Prot. 183 S. 3391—98), nachdem die Vertragsnatur der Einigung in der Literatur bekämpft worden war, es der Wissenschaft und Praxis überlassen zu müssen, zu untersuchen, ob hier wirklich ein Vertrag vorläge, und wählte dafür die Bezeichnung „Einigung". „Trotzdem wird man ‚die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung' als einen Vertrag auffassen müssen, und zwar, weil sie bezweckt, ein Recht an einer Sache zu begründen, zu belasten oder zu übertragen, als einen dinglichen Vertrag; denn sie erfordert die auf eine Rechtsänderung gerichtete übereinstimmende Willenserklärung zweier Parteien, und es liegt kein Grund vor, den Begriff des Vertrages auf das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse zu beschränken und einen dinglichen Vertrag zu verwerfen." [2]) Diese Ansicht kann heute als die herrschende bezeichnet werden.[3]) [4]) Die allgemeinen

---

[1]) v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 § 78; Puchta, Institutionen Bd. 2 § 241 Anm. d; Strempel, über die iusta causa bei der traditio. 1856.

[2]) Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken S. 25.

[3]) Crome, System Bd. 3 S. 112 ff., 196 ff.; Endemann, Einführung Bd. 2 S. 71 Anm. 3; Planck a. a. O. S. 14 ff. Anm. 2 u. 6 zu § 873; Biermann, Sachenrecht Anm. 1 zu § 873.

[4]) Nachdem bereits Bruck (Die Einigung im Sachenrecht des BGB. 1890) die Vertragsnatur der Einigung bekämpft hatte, erstand ihr in Eccius (Gruchots Beiträge Bd. 47 S. 51 ff.: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte) von neuem ein scharfer Gegner. Dieser will zwar (mit Rücksicht auf § 1396 BGB.) den Ausdruck „dinglicher Vertrag" (zur Bezeichnung von Einigung und Übergabe oder Eintragung zusammen) nicht ganz verwerfen, lehnt aber die Anwendung der allgemeinen Vertragsvorschriften unbedingt ab, indem er sich hauptsächlich darauf stützt, daß die Einigung allein keine rechtliche Wirkung habe. Mit Recht ist demgegenüber von Leonhard (Eck, Vorträge Bd. 2 S. 55 Anm. 1) darauf hingewiesen worden,

Bestimmungen des BGB. über Verträge finden daher auch hier Anwendung. Der Abschluß des Vertrages kann auf beiden Seiten durch Stellvertreter erfolgen; Bedingung und Befristung ist zulässig.

3. Ein dritter Grundsatz des BGB. geht dahin, den Erwerb von dinglichen Rechten in gutem Glauben zu schützen. Den Grundsätzen der Logik nach würde niemand von einem Nichtberechtigten dingliche Rechte erwerben können; nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. Die Sicherheit des Verkehrs verlangt aber, daß entgegen diesem Satze der gute Glaube geschützt werde. Während das gemeine Recht im wesentlichen an dem logischen Standpunkte festhielt, ließ das deutsche Recht diesem Gedanken Berücksichtigung zuteil werden in dem Satze „Hand wahre Hand", und neuere Kodifikationen folgten vielfach dem Beispiele des deutschen Rechts.

Ebenso jetzt das BGB. Es schützt gleicherweise den unentgeltlichen wie den entgeltlichen Erwerb, was für die Begründung des Nießbrauchs von Wichtigkeit ist, da diese gewöhnlich ohne Entgelt erfolgen wird. Der Rechtsschutz gestaltet sich verschieden bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen und bedarf daher jedesmal gesonderter Betrachtung.

B. Die rechtsgeschäftliche Bestellung des Nießbrauchs an Grundstücken.

Wie durch Rechtsgeschäft an Grundstücken Nießbrauch bestellt werden kann, sagt das BGB. nicht ausdrücklich. Es finden somit Anwendung die allgemeinen Vorschriften über die Belastung von Grundstücken mit Rechten (§§ 873—902).[1] Die gleichen Vor=

daß diese Erscheinung sich auch bei andern Rechtsgeschäften findet. — Neuerdings hat Stöver (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 149 ff.: Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft?) die Frage behandelt. Er kommt zu dem wohl unannehmbaren Ergebnis, daß überall, wo das BGB. im Sachenrechte eine Einigung fordere, ein dinglicher Vertrag vorliege; wo aber das Gesetz von „einigsein" spreche, sei kein selbständiges Rechtsgeschäft anzunehmen, da das Einigsein immer mit der Übergabe usw. zu einer untrennbaren Einheit verbunden sei; mit dieser zusammen bilde es erst den dinglichen Vertrag.

[1]) Planck, BGB. Bd. 3 zu § 1031.

schriften finden nach § 1017 BGB. auf das Erbbaurecht Anwendung; ein Erbbaurecht kann also in gleicher Weise mit einem Nießbrauch belastet werden wie ein Grundstück. Der Nießbrauch an Grundstücken erstreckt sich auch auf die Bestandteile desselben, insbesondere auf die mit dem Grundstück verbundenen (subjektiv dinglichen) Rechte, soweit diese von einem andern ausgeübt werden können.[1] Soweit sie von dem Grundstück, mit dem sie verbunden sind, nicht getrennt werden können (wie die Grunddienstbarkeit nach § 1018, die Reallast nach § 1110), gelten sie als wesentliche Bestandteile des Grundstücks. Auf diese erstreckt sich der Nießbrauch ohne weiteres, auf die unwesentlichen dagegen nur, wenn die Absicht der Parteien dahin ging oder der Nießbraucher sie in gutem Glauben erwirbt. Wird ein Grundstück einem andern gemäß § 890 Abs. 2 im Grundbuch zugeschrieben, so erstreckt sich der Nießbrauch nicht ohne weiteres auch auf dieses.[2]

Von der rechtsgeschäftlichen Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken handelt § 873 „. . ., zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte . . . ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, . . .“. In dem Erfordernis der Einigung ist ausgesprochen das sogen. materielle Konsensprinzip, in dem der Eintragung das Eintragungsprinzip.

Die abstrakte Natur der Einigung haben wir bereits kennen gelernt. Auf die Einigung finden die allgemeinen vom BGB. für Verträge aufgestellten Grundsätze Anwendung. Sie kann, anders als die Auflassung (§ 925), bedingt und betagt sein, und in der Form der Bedingung kann die causa eingeführt werden.[3] In welcher Reihenfolge die beiden Erfordernisse beschafft werden, ist gleichgültig. Die Einigung kann der Eintragung vorausgehen, sie kann ihr aber auch folgen. Letztere Möglichkeit erwähnt das BGB. selbst ausdrücklich in den §§ 879 Abs. 2 und 892 Abs. 2. Nach § 19 GBO. darf die Eintragung erfolgen, wenn derjenige

---

[1]) Neumann, BGB. Bd. 1 zu § 1031.
[2]) Biermann, Sachenrecht zu § 1031.
[3]) Strecker a. a. O. S. 24.

sie bewilligt, dessen Recht durch sie betroffen wird (sogen. formelles Konsensprinzip); auch hiernach bildet also die Einigung keine Voraussetzung der Eintragung. Natürlich entsteht aber, da das BGB. eben Einigung und Eintragung verlangt, das dingliche Recht erst in dem Moment, wo beide Erfordernisse vorliegen; folgt die Einigung der Eintragung nach, so entsteht das Recht also erst mit der Einigung.

Die Einigung ist formlos gültig,[1]) sie braucht nicht notwendig vor dem Grundbuchamt erklärt zu werden, wie es für die Auflassung und die Begründung und Übertragung eines Erbbaurechtes vorgeschrieben ist. Die durch die Einigung in Verbindung mit der Eintragung hervorgerufenen Rechte an Grundstücken, in unserm Falle der Nießbrauch, geben ja auch dem Erwerber nicht annähernd die gleiche Rechtsstellung wie dem Eigentümer oder dem ihm an Machtbefugnissen fast gleichstehenden Erbbauberechtigten.

Die Einigung ist formlos gültig, sie ist aber nicht bindend, solange nicht die Eintragung erfolgt ist.[2]) Ist diese erfolgt, so ist die Einigung auch formlos bindend, weil mit ihr dann das dingliche Recht entsteht; bis dahin kann sie jedoch widerrufen werden. Dieses Widerrufsrecht fällt nur dann fort, „wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat“ (§ 873 Abs. 2). Ist keine dieser Formen beobachtet, so haben wir die gewiß merkwürdige Erscheinung eines dinglichen Vertrages ohne bindende Kraft.[3]) Sollen die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, so müssen sie gemäß § 29 GBO. zu Protokoll gegeben werden. Sollen sie schriftlich eingereicht werden, so genügt nicht die Einreichung des formlosen Vertrages, sondern es bedarf einer öffentlich beglaubigten Urkunde § 29 GBO.). Die Bestimmung des § 873 Abs. 2 wurde deswegen im Gesetz getroffen, um übereilte und leichtfertige Verfügungen

---

[1]) Strecker a. a. O. S. 30.

[2]) Strecker a. a. O. S. 29.

[3]) Eck, Vorträge Bd. 2 S. 60; vgl. oben S. 26 Anm. 4.

über Rechte am Grund und Boden zu verhindern.[1]) Auch war die Erwägung maßgebend, daß oft obligatorischer und dinglicher Vertrag zusammenfallen, ohne daß die Beteiligten sich dessen bewußt werden; die Rechtsunkenntnis des ohne seinen Willen über sein Recht Verfügenden sollte ihm nicht zum Schaden gereichen.

Aber selbst wenn der Vertrag für die Beteiligten bindend geworden ist, so kann dessen ungeachtet der bisherige Berechtigte Verfügungen über das Grundstück treffen, welche mit dem Vertrage im Widerspruche stehen.[2]) Hat er z. B. dem anderen Teile eine den Vorschriften der GBO. entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt, dieser aber die Eintragung noch nicht bewirkt, so kann der Nießbrauchsbesteller einem andern den Nießbrauch gültig bestellen, wenn er mit ihm vor dem Grundbuchamt die erforderlichen Erklärungen zu Protokoll gibt und sofort die Eintragung bewirken läßt. Denn hier liegen dann beide Erfordernisse der Bestellung eines dinglichen Rechtes vor, so daß dies entstehen kann, während das Recht jenes ersten Erwerbers infolge mangelnder Eintragung noch nicht zur Entstehung gelangt ist.

Eine wichtige Wirkung des abstrakten dinglichen Vertrages in Verbindung mit dem Eintragungsantrage enthält § 878.[3]) Da ja das dingliche Recht erst entsteht, wenn Einigung und Eintragung vorliegen, so müßte, wenn der Berechtigte vor der Eintragung eine Verfügungsbeschränkung erleidet, die beabsichtigte Rechtsveränderung unmöglich werden, wenn sich die Verfügungsbeschränkung auf sie erstreckt.

Für diesen Fall bestimmt nun § 878: „Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873 ... abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist“. Dies ist vor allem im Konkurse von Bedeutung. § 15 KO. läßt den § 878 unberührt; damit wird

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 175; Prot. 184 S. 3404 ff.
[2]) Strecker a. a. O. S. 32 ff.
[3]) Strecker a. a. O. S. 33.

eine Ausnahme gemacht von dem im § 1 KO. bezüglich des gesamten Vermögens des Gemeinschuldners, im § 15 KO. hinsichtlich der Rechte an diesem ausgesprochenen Prinzip, daß nach der Eröffnung des Verfahrens ein Erwerb Dritter an ihnen mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht stattfinden kann. Hat also z. B. jemand in einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrage einem andern den Nießbrauch an einem Grundstücke eingeräumt, so erwirbt dieser durch die Eintragung das dingliche Recht, auch wenn der Besteller schon vorher in Konkurs gefallen war, wenn nur zu diesem Zeitpunkte der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt war.

Eine Folge davon, daß der dingliche Vertrag, auch ohne daß er bindend geworden ist, ein wirklicher Vertrag ist und die Wirksamkeit eines solchen besitzt, zeigt sich in dem Falle, wo jemand nach Abschluß desselben stirbt oder geschäftsunfähig wird.[1]) Der 1. Entw. enthielt die Vorschrift, daß die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages hierdurch nicht berührt werden solle. Die 2. Kommission strich die Vorschrift als selbstverständlich. Sie ergibt sich schon aus § 130 Abs. 2 BGB., der bestimmt, daß es auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluß sei, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. Ist also der Vertrag noch nicht bindend geworden, so muß der Erbe oder gesetzliche Vertreter, wenn er die Gebundenheit ausschließen will, die Erklärung widerrufen; war der Vertrag schon bindend geworden, so bleibt er es auch für den Erben und gesetzlichen Vertreter.[2])

Soll dem abstrakten dinglichen Vertrage, nachdem er bindend geworden, auch Klagbarkeit zukommen, der Erwerber also den Berechtigten lediglich auf Grund der bindenden Einigung, ohne auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft zurückgehen zu müssen, auf Herbeiführung der Rechtsänderung verklagen können?

Dies nehmen einige Schriftsteller[3]) an. Ihnen ist aber hierin nicht zu folgen. Zunächst gibt weder das Gesetz selbst hierfür

---

[1]) Strecker a. a. O. S. 33.

[2]) Strecker a. a. O. S. 35.

[3]) Strecker a. a. O. S. 36; Endemann a. a. O. S. 81; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 183.

einen Anhalt, noch ist in seiner Entstehungsgeschichte davon die Rede. Die Einigung ist, wie Planck[1]) zutreffend hervorhebt, ein abstraktes, unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtetes Geschäft, das keine Verpflichtungen begründet.[2]) Die rechtliche Wirksamkeit der nach § 873 Abs. 2 BGB. zustande gekommenen Einigung zeigt sich lediglich darin, daß keiner der Beteiligten mehr von ihr zurücktreten kann, und daß der Rechtserwerb sich vollzieht, sobald die Eintragung erfolgt. Die praktische Bedeutung der Frage ist übrigens gering, da in der Regel, wenn eine bindende Einigung vorliegt, die formellen Voraussetzungen für die Eintragung der Rechtsänderung gegeben sind und der Erwerber meist in der Lage ist, die Eintragung auch gegen den Willen des Veräußerers bewirken zu lassen. Daß die für die Beteiligten bindend gewordene Einigung als Grundlage einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. dienen kann, wird man dagegen annehmen müssen.[3])

Die Einigung ist ein Vertrag, auf den die allgemeinen Grundsätze des BGB. über Verträge Anwendung finden; daraus ergeben sich wichtige Folgen.[4]) § 40 GBO. bestimmt, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Hiernach ist nur erforderlich, daß der Berechtigte zur Zeit der Einigung eingetragen ist, nicht jedoch, daß dies schon zur Zeit der Eintragung der Fall sei. Hat jemand, ohne schon als Berechtigter eingetragen zu sein, einen auf unmittelbare Bestellung eines dinglichen Rechtes gerichteten Vertrag, eine „Einigung", geschlossen, so findet die Vorschrift des § 185 BGB. Anwendung: „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet . . . . ." Liegt keiner der andern Fälle vor

---

[1]) a. a. O. Anm. 6 zu § 873.

[2]) Ähnlich Stöver a. a. O. S. 193.

[3]) Ebenso Stöver a. a. O. S. 194.

[4]) Strecker a. a. O. S. 27.

(z. B. § 185 Abs. 1), so wird also der von dem bisher noch nicht Berechtigten geschlossene dingliche Vertrag mit der Eintragung des bisher noch nicht Berechtigten wirksam. Ja, man wird die Vorschrift des § 185 sogar auch dann gelten lassen müssen, wenn nach vorhergegangener Einigung die Eintragung eines Rechtes erfolgt ist, das von einem zur Zeit der Eintragung dieses Rechtes noch nicht Eingetragenen erworben ist. Dann liegt zwar ein Verstoß gegen § 40 GBO. vor, ohne daß jedoch das eingetragene Recht darum von vornherein nichtig wäre. Hat also z. B., ein Fall, den wir im gemeinen Recht als sogen. Vorbehalt kennen gelernt und einer näheren Betrachtung unterzogen haben, hat der Eigentümer eines Grundstücks von demjenigen, dem er das Grundstück zu übertragen beabsichtigt, sich eine auf einen Nießbrauch lautende gültige Eintragungsbewilligung ausstellen lassen, so kann er auf Grund dieser, nachdem er den andern zum Eigentümer des Grundstücks gemacht hat, seine Eintragung beantragen und erwirbt mit ihr das dingliche Recht; ja, wenn er sich auf Grund der Eintragungsbewilligung schon vor der Übereignung des Grundstücks eintragen läßt, so entsteht gemäß § 185 Abs. 1 der Nießbrauch für ihn bereits mit der Eintragung, und wir haben dann den merkwürdigen Fall eines Eigentümernießbrauches, eine Ausnahme von dem im BGB. übrigens nicht anerkannten Satze: nemini res sua servit.[1])

Schließlich gilt auch für die Einigung wie für alle Willenserklärungen der § 894 ZPO.; danach kann jede der beiden zur Einigung erforderlichen Erklärungen durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden.

Ist die Einigung vorhergegangen, so muß die Eintragung hinzukommen, um das dingliche Recht zur Entstehung zu bringen.

Während im älteren preußischen Rechte das Pfandbuchsystem herrschte, nach welchem eine Eintragung nur erfolgte bei Verpfändung von Grundstücken, nicht bei Bestellung anderweiter dinglicher Rechte an solchen, verlangte das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb usw. vom 5. 5. 1872 die Eintragung im Falle der freiwilligen Veräußerung eines Grundstücks, ferner für

---

[1]) vgl. §§ 1009, 889 BGB. und Mot. Bd. 3 S. 201 ff.

die Entstehung einer Hypothek und Grundschuld; für die Entstehung anderer dinglicher Rechte war die Eintragung zwar nicht vorgeschrieben, allein sie erlangten absolute Wirksamkeit erst durch die Eintragung (§ 12 des preuß. Gesetzes); dies galt auch vom Nießbrauch.

Im Gegensatz hierzu führt nun das BGB. den Eintragungszwang für alle dinglichen Rechte an Grundstücken im wesentlichen durch.[1]) Auch die Entstehung des Nießbrauchs wie aller andern Dienstbarkeiten ist hiernach abhängig von der Eintragung. § 873 des BGB. verlangt aber außer der Eintragung noch die Einigung; eins ohne das andere genügt nicht. Mit anderen Worten, die Eintragung hat keine formale Rechtskraft, wie dies nach manchen deutschen Partikularrechten, z. B. dem hamburgischen (Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken vom 4. 12. 1868 §§ 2, 3), dem mecklenburgischen (revidierte Hypotheken-Ordnung für Landgüter vom 18. 10. 1898 §§ 25, 26, revidierte Stadtbuch-Ordnung vom 21. 12. 1857 §§ 36, 37) und dem sächsischen (BGB. für das Königreich Sachsen vom 2. 1. 1863 §§ 276, 387, 506), früher der Fall war, die der Eintragung dieselbe rechtserzeugende Kraft beilegten wie einem richterlichen Urteile. Insbesondere vermag die Eintragung nicht die etwaige Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des dinglichen Vertrages zu heilen.

Der 1. Entw. enthielt im § 982 eine besondere Vorschrift, daß zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Nießbrauchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden könne. Diese Vorschrift ist als selbstverständlich gestrichen, weil im § 874 enthalten. Dieser lautet: „Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, ...“ Die Bestimmung wird besonders in dem Falle Anwendung finden, wo gemäß § 1030 Abs. 2 BGB. einzelne Nutzungen vom Rechte des Nießbrauchers ausgeschlossen werden sollen.

Über den Inhalt der Eintragung enthält § 882 BGB. noch die besondere Bestimmung, daß, wenn das Grundstück mit einem

---

[1]) Strecker a. a. O. S. 23.

Rechte belastet wird, „für welches nach den für die Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften dem Berechtigten im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag der Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist“, der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden kann; diese Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

Nach § 92 ZVG. tritt an die Stelle eines Rechtes, welches nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, und welches durch den Zuschlag erlischt, weil es vom Ersteher nicht übernommen zu werden braucht, der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Wird also ein Grundstück mit einem Nießbrauche belastet, so kann der Höchstbetrag des im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks zu ersetzenden Wertes eingetragen werden. Erfolgt eine solche Eintragung nicht, und wird das Grundstück versteigert, so ist durch Zahlung einer dem Jahreswerte des Nießbrauchs gleichkommenden Geldrente für diesen Ersatz zu leisten (§ 92 Abs. 2 Satz 1 ZVG.).

Wie wir sahen, hat der Bucheintrag keine formale Rechtskraft. Da das BGB. von dem Grundsatze ausgeht, den Erwerb in gutem Glauben nicht ohne Schutz zu lassen, so behandelt es jedoch das eingetragene Recht dem gutgläubigen Erwerber gegenüber so, als hätte die Eintragung formelle Rechtskraft. § 892 bestimmt, über § 891 hinausgehend, der aus der Eintragung nur eine Vermutung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts für jemanden ableitet, daß zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gelten soll, „es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist“.

Das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb von 1872 unterscheidet zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerbe; im letzteren Falle versagt es auch dem gutgläubigen Erwerber den Schutz. Das BGB. macht, wie wir sahen, diesen Unterschied nicht, es schützt beide Erwerbsarten in gleicher Weise.

§ 892 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch

ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist". Der Buchinhalt gilt also nach Abs. 1 Satz 1 nicht nur als richtig, so daß eingetragene Rechte als wirklich existent gelten (positive Seite des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs), er gilt auch als vollständig in bezug auf alle eintragbaren Rechte; nicht eingetragene Rechte gelten daher als nicht existent, und ebenso ist gemäß Abs. 1 Satz 2 eine nicht eingetragene Verfügungsbeschränkung dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam (negative Seite).

Versagt wird der Schutz nur dann, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Das Kennenmüssen (verschuldete Unkenntnis) ist also dem Kennen nicht gleich gesetzt. Kennen der Anfechtbarkeit steht gemäß § 142 Abs. 2 BGB., wenn die Anfechtung erfolgt ist, der Kenntnis der Nichtigkeit gleich. Läßt sich also jemand von einem andern, der, wie er weiß, das Eigentum an einem Grundstücke auf Grund eines wegen Irrtums anfechtbaren Kaufes erlangt hat, an diesem Grundstück einen Nießbrauch bestellen, so wird er, wenn die Anfechtung des Kaufes erfolgt, so behandelt, als ob er gewußt hätte, daß sein Nießbrauchsbesteller nicht Eigentümer des Grundstückes sei; die Bestellung ist also von vornherein unwirksam.

Wie die Beweislast verteilt ist, ergibt die Fassung des Abs. 1 Satz 1; danach liegt nicht demjenigen, der sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruft, der Beweis ob, daß keiner der Ausschließungsgründe (Kenntnis oder Vorhandensein eines Widerspruches) vorliege, sondern dem Gegner, der Rechte darauf gründet, daß dies der Fall sei.

Der gute Glaube des Erwerbers muß, wenn die Einigung vorhergegangen ist, zur Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung, andernfalls zur Zeit der Einigung vorhanden sein (§ 892 Abs. 2).

C. Entstehung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen.

Wie Nießbrauch an Grundstücken bestellt wird, davon spricht das BGB. überhaupt nicht, so daß von selbst die allgemeinen

Vorschriften über den Erwerb von Rechten an Grundstücken Anwendung finden.

Dagegen erwähnt das Gesetz den Erwerb des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft an beweglichen Sachen, indem es hier ausdrücklich auf die für den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften verweist. Diese finden ganz analoge Anwendung, mit der einzigen Ausnahme, die das Gesetz im § 1032 a. E. für den Fall macht, daß ein gutgläubiger Erwerber eine mit Rechten Dritter belastete Sache erwirbt; diese gehen hier nicht unter, sondern treten nur hinter den Nießbrauch zurück.

Die Fälle, in denen Nießbrauch an beweglichen Sachen vorkommt, sind hauptsächlich zwei: Nießbrauch an einem Vermögen und am Zubehör eines Grundstücks. Da das BGB. den Nießbrauch am Vermögen als einer sachenrechtlichen Einheit nicht kennt, so kann er nicht anders entstehen als durch Begründung des Nießbrauchs an den einzelnen zu dem Vermögen gehörigen Gegenständen; dasselbe gilt, wenn am ganzen Nachlaß oder an einem Bruchteile der Erbschaft der Nießbrauch vermacht worden ist (§ 1089). Über die Bestellung des Nießbrauchs am Zubehör eines Grundstücks enthält § 1031 eine besondere Vorschrift.

Die Voraussetzungen des Nießbrauchserwerbs an beweglichen Sachen sind verschieden, je nachdem der Eigentümer der Sachen oder ein Nichtberechtigter der Besteller des Nießbrauchs ist.

Wie beim Grundstücksnießbrauch erstreckt sich auch hier der Nießbrauch auf die Bestandteile der Sache.

Will jemand an einer ihm gehörigen beweglichen Sache Nießbrauch bestellen, so müssen gemäß § 1032 Satz 1 BGB., der dem § 929 Satz 1 entspricht, der Eigentümer und der Erwerber darüber einig sein, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll, und es muß die Übergabe der Sache an den Erwerber erfolgen. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931, die § 1032 Satz 2 ausspricht, ergibt, daß an Stelle der Übergabe deren rechtlicher Ersatz treten kann.

Die Einigung ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, und von ihr gilt, ebenso wie im Falle der Einigung über die Begründung des Nießbrauchs an Grundstücken, die Anwendbarkeit der allge=

meinen Vorschriften des BGB. über Verträge. Der Eigentümer muß seinen Willen erklären, daß der Erwerber den Nießbrauch haben soll, und dieser muß die Erklärung annehmen. Die Einigung kann ausdrücklich geschehen, sie kann aber auch stillschweigend durch Hingabe und Annahme der Sache zum Ausdruck gebracht werden; eine Form ist für sie nicht vorgeschrieben. Auch sie kann bedingt und betagt sein.

Zweck der Übergabe ist, dem Erwerber den Besitz der Sache zu verschaffen. Daher genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854 Abs. 2), ohne doch im Besitz der Sache zu sein, wie z. B. als Besitzdiener, die bloße Einigung über den Erwerb des Besitzes. In diesem Falle kann durch eine und dieselbe Einigung, die darauf gerichtet ist, dem Erwerber Nießbrauch und Besitz zu verschaffen, der Nießbrauch rechtsgeschäftlich begründet werden.

Ist der Erwerber bereits im Besitz der Sache, sei es mittelbaren oder unmittelbaren, so genügt unter analoger Anwendung des § 929 Abs. 2 die auf Bestellung des Nießbrauchs gerichtete Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber.

Als Ersatz der Übergabe kann ferner dienen ein Besitzkonstitut, d. h. die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Erwerber und dem Eigentümer, vermöge dessen der Erwerber mittelbarer Besitzer wird;[1]) Voraussetzung ist, daß der Eigentümer vorher im mittelbaren oder unmittelbaren Besitz der Sache war. Es kann also der Eigentümer einer Sache jemandem den Nießbrauch an seiner Sache bestellen und doch z. B. als Beauftragter des Erwerbers im unmittelbaren Besitz der Sache bleiben. Dann steht jedoch das dingliche Fruchtziehungs- und Nutzungsrecht an der Sache dem Erwerber zu und jede darunter fallende Handlung nimmt der Eigentümer nicht kraft seines Eigentums, sondern als Beauftragter des Nießbrauchers vor. Auf demselben Wege kann auch der Eigentümer bei der Veräußerung der Sache sich einen Nießbrauch an ihr vorbehalten; Erwerber des Nießbrauchs ist in diesem Falle der bisherige Eigentümer der Sache.

---

[1]) Das BGB. verlangt ein kausales Besitzkonstitut, d. h. es muß ein bestimmtes Rechtsverhältnis vereinbart werden, welches erklärt, warum der Veräußerer Besitzer geblieben ist; die abstrakte Abrede genügt nicht. Planck Bd. 3 zu § 930.

Schließlich genügt auch statt der Übergabe die Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist; der Herausgabeanspruch kann ein obligatorischer oder ein dinglicher sein. Ist der Besitzer Besitzmittler des Eigentümers, der den Nießbrauch bestellt, so wirkt die Abtretung als Übertragung des mittelbaren Besitzes. Der Dritte kann aber auch Eigenbesitzer oder Besitzmittler eines anderen sein.

Ist der Besteller des Nießbrauchs nicht Eigentümer der Sache, so kann unter gewissen Voraussetzungen nach dem oben erörterten Grundsatze vom Schutz des gutgläubigen Erwerbers dieser doch Nießbrauch erwerben. § 1032 BGB. erklärt für entsprechend anwendbar die den gutgläubigen Eigentumserwerb betreffenden Vorschriften der §§ 932—36.[1])

Nach römischem und gemeinem Rechte war nach dem Grundsatze nemo plus iuris ... Eigentumserwerb vom Nichteigentümer im Prinzip ausgeschlossen. Der wirkliche Eigentümer konnte seine Sache von jedem vindizieren. Das deutsche Recht unterschied, ob die Sache dem Eigentümer wider Willen abhanden gekommen war oder nicht. Im ersteren Falle hatte der Eigentümer die Anefangsklage gegen den dritten Besitzer. Hatte er sie aber freiwillig aus der Hand gegeben, so galt der Grundsatz: „Hand wahre Hand“ oder „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn wieder suchen“; mit anderen Worten, der Eigentümer kann sich nur an den halten, dem er die Sache freiwillig gegeben, nicht aber kann er sie von dem gutgläubigen Dritten herausverlangen, dem jener sie, das in ihn gesetzte Vertrauen täuschend, unbefugterweise zu Eigentum übertragen hat. Das deutsche Recht geht dabei von dem Gedanken aus, daß der Eigentümer sich die Person desjenigen, dem er die Sache überlassen wolle, ansehen könne und, falls er sie einem Vertrauensunwürdigen hingebe, den Schaden tragen müsse, den er durch dessen Treulosigkeit erleide. Nach der Rezeption der fremden Rechte

[1]) Während es bei der Übertragung des Eigentums durch einen Nichtberechtigten zweifelhaft erscheint, ob der Erwerber originäres oder derivatives Eigentum erwirbt, können bei der Bestellung des Nießbrauchs durch einen Nichtberechtigten diese Zweifel nicht auftauchen, da ja hierin immer eine Neukonstituierung eines Rechtes liegt.

blieb dieser Satz nur noch im geschäftlichen Verkehr in Geltung. Das preußische ALR. gewährte dem Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen jeden Dritten gegen Ersatz des von diesem für die Sache gezahlten Preises. Das österreichische und französische Recht nahmen den deutschen Gedanken wieder auf; ebenso enthielt ihn das HGB. von 1861. Der 1. Entw. des BGB. enthielt diesen Hinweis auf die entsprechende Anwendbarkeit der für den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten geltenden Vorschriften nicht, und zwar aus dem Grunde, weil die 1. Kommission annahm, daß nur bei Verkehrsgeschäften der Schutz des gutgläubigen Erwerbers sich rechtfertigen ließe, die Bestellung des Nießbrauchs aber kein Verkehrsgeschäft sei. Die 2. Kommission dagegen hielt eine derartige Einschränkung des Prinzips nicht für zulässig und verhalf ihm auch hier, hauptsächlich aus praktischen Gründen, zur Geltung.[2])

Wie beim Erwerb vom Eigentümer verlangt das Gesetz auch hier Einigung und Übergabe oder deren Ersatz. Das zweite Erfordernis verschärft es jedoch wesentlich und verlangt außerdem, daß der Erwerber in gutem Glauben ist. Guter Glaube ist hier nicht schon dann vorhanden, wenn dem Erwerber unbekannt ist, daß der Nießbrauchsbesteller nicht Eigentümer ist, er ist erst vorhanden, wenn diese Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit des Erwerbers beruht. Das Kennenmüssen steht hier also, anders als beim gutgläubigen Erwerb von Rechten an Grundstücken, dem Kennen gleich. Weiß der Erwerber oder muß er wissen, daß der Besteller die Sache auf Grund eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts erworben hat, so gilt der gute Glaube gleichfalls als nicht vorhanden, wenn die Anfechtung erfolgt (§ 142 Abs. 2). Der Mangel des guten Glaubens darf in dem Zeitpunkte nicht vorhanden sein, der für den Erwerb des Nießbrauchs entscheidend ist; beweispflichtig dafür, daß der Mangel in diesem Zeitpunkte vorlag, ist derjenige, der den Erwerb des Rechts auf Grund der §§ 932 ff. bestreitet; dies ergibt sich wie im Falle des § 892 aus

[1]) Mot. Bd. 3 S. 496.
[2]) Prot. Bd. 3 S. 386.

der Fassung („es sei denn" . . .).[1]) Ob der Erwerb entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, ist gleichgültig.

Übergibt der Besteller eines Nießbrauchs die Sache dem Erwerber, so erlangt, die Einigung vorausgesetzt, dieser das dingliche Recht mit der Übergabe, wenn er zu dieser Zeit in gutem Glauben ist (§ 932 Satz 1). Ist der Erwerber bereits im Besitz der Sache, so muß er sie von dem Besteller erlangt haben; der gute Glaube muß hier vorhanden sein im Momente der Einigung. Daß der Erwerber die Sache von dem Nichtberechtigten selbst erlangt haben muß, beruht darauf, daß nur so mit Grund vermutet werden kann, der Erwerber habe den Besteller für den Eigentümer gehalten. Andernfalls wäre es möglich, daß jemand sich dem Besitzer einer Sache gegenüber als Eigentümer ausgäbe, die jener von irgend einem Dritten, z. B. dem wahren Eigentümer erhalten hat, und so der wirkliche Eigentümer um sein Eigentum käme.

Ist bei der Bestellung des Nießbrauchs durch einen Nichtberechtigten die Übergabe gemäß § 930 BGB. durch ein constitutum possessorium ersetzt worden, so genügt dies nicht, um dem Erwerber das dingliche Recht zu verschaffen; vielmehr ist dazu erforderlich, daß diesem die Sache von dem Nichtberechtigten übergeben wird und zur Zeit der Übergabe der gute Glaube des Erwerbers noch vorhanden ist (§ 933). Damit ist gesagt, daß ein Besitzkonstitut zur Bestellung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen nicht genügt, wenn nicht der Besteller Eigentümer derselben oder sonst zur Nießbrauchsbestellung berechtigt ist; § 933 stellt also keinen selbständigen Bestellungsmodus dar, da dieselben Erfordernisse schon nach § 1032 Satz 1 (§ 929 Abs. 1) in Verbindung mit § 932 Satz 1 zur Entstehung des Nießbrauches ausreichen. Der leitende Gedanke war der, daß es sich nicht rechtfertigen ließe, dem Eigentümer auf Grund einer von einem Nicht-

[1]) Aus dieser Verteilung der Beweislast darf aber nicht geschlossen werden, daß der böse Glaube des Erwerbers ein Ausschließungsgrund, nicht sein guter Glaube die Voraussetzung seines Erwerbes sei. (Buhl, Recht der beweglichen Sachen S. 63.) Vielmehr ist das Umgekehrte der Fall, und der 1. Entw. erkannte dies dadurch an, daß er dem Erwerber den Beweis für seinen guten Glauben auferlegte; erst die 2. Kommission hat dies geändert.

berechtigten über seine Sache getroffenen Verfügung, die dem Erwerber nicht einmal den Besitz der Sache verschafft, ein dingliches Recht an der Sache aufzuzwingen.

Tritt ein Nichtberechtigter dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache ab, um ihm den Nießbrauch an ihr zu bestellen, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. Ist der Besteller mittelbarer Besitzer, so entsteht für den Erwerber der Nießbrauch mit der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, wenn er zu dieser Zeit in gutem Glauben ist. Das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Besteller von einem Dritten die Sache herausverlangen kann, läßt für den Erwerber die Annahme erlaubt erscheinen, daß der Besteller Eigentümer sei. Liegt dagegen ein solches Rechtsverhältnis nicht vor, dann erwirbt der Erwerber den Nießbrauch erst mit der Erlangung des Besitzes der Sache, wenn er noch in gutem Glauben ist. In § 931 ist mit dem für bewegliche Sachen sonst allgemein geltenden Traditionsprinzipe gebrochen; eine weitere Ausnahme werden wir weiter unten kennen lernen.

Wie das deutsche Recht, schließt das BGB. den Erwerb auch des gutgläubigen Empfängers aus, wenn es sich um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt (§ 935 Abs. 1).

Der Erwerb des Nießbrauchs ist ebenso ausgeschlossen, wenn die Sache dem Besitzmittler des Eigentümers, wie wenn sie ihm selbst abhanden gekommen ist. Der Beweis, daß die Sache gestohlen usw. ist, liegt demjenigen ob, der den Nießbrauchserwerb auf Grund der §§ 932—934 bestreitet.

Tritt hier der Satz von dem Schutze des guten Glaubens ausnahmsweise außer Kraft, so gewinnt er wieder Geltung, wenn Geld oder Inhaberpapiere in Frage stehen; an diesen kann also ein gutgläubiger Erwerber Nießbrauch erlangen, auch wenn sie gestohlen, verloren oder auf sonstige Weise dem Eigentümer wider Willen abhanden gekommen sind (§ 935 Abs. 2).

§ 936 BGB. bestimmt, daß mit dem Erwerb des Eigentums an einer Sache, sei es vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer, an dieser bestehende Rechte Dritter erlöschen. Da der Nießbrauch selber nur ein Recht an der Sache ist, so kann er andere Rechte

an der Sache nicht wohl zum Erlöschen bringen. Daher bestimmt § 1032, daß in den Fällen des § 936 nur die Wirkung eintritt, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht.

Erfolgt also die Bestellung des Nießbrauchs nach § 1032 Satz 1, so erlangt der Nießbrauch den Vorrang vor Rechten Dritter an der Sache mit der Übergabe der Sache an den Erwerber, vorausgesetzt, daß die Einigung vorhergegangen ist, es müßte denn sein, daß der Erwerber in diesem Zeitpunkte in Ansehung ihrer in bösem Glauben ist, d. h. daß ihm bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt ist, daß diese Rechte an der Sache bestehen. Befindet er sich in bösem Glauben, so wird dadurch die Entstehung seines Nießbrauchs nicht gehindert, nur gehen dann diese Rechte seinem Rechte vor.

Besitzt der Erwerber die Sache bereits, an der ihm Nießbrauch bestellt werden soll, so muß er sie von dem Besteller erlangt haben (wie in dem Falle, wo er auf Grund des guten Glaubens Nießbrauch erwerben soll), und er darf zur Zeit der Einigung in Ansehung der Rechte Dritter nicht in bösem Glauben gewesen sein, um sie zum Zurücktreten hinter seinen Nießbrauch zu bringen.

Hat jemand Nießbrauch an einer Sache vom Besteller unter Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses erworben, auf Grund dessen dieser auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, und bestanden an dieser Sache Rechte Dritter, so gehen diese dem Nießbrauch vor, solange nicht der Erwerber den Besitz der Sache erlangt hat. Erlangt er den Besitz, so muß sein guter Glaube noch vorhanden sein, widrigenfalls ihm auch die Erlangung des Besitzes nicht den Vorrang vor jenen Rechten verschafft.

Ganz das gleiche gilt, wenn der Nießbrauch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs bestellt wird, ohne daß der Besteller mittelbarer Besitzer der Sache ist. Ist dies dagegen der Fall, so treten Rechte Dritter hinter den Nießbrauch bereits mit der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe zurück, wenn der Erwerber zur Zeit der Abtretung hinsichtlich ihrer in gutem Glauben ist. Nur in einem Falle kann auch der gutgläubige Erwerber das Recht eines Dritten nicht zum Zurücktreten bringen, wenn nämlich dem dritten Besitzer selbst das Recht an der Sache zusteht.

kann schon der gutgläubige Erwerber des Eigentums in diesem Falle das Recht des Dritten nicht zum Erlöschen bringen, so ist es vollends gerechtfertigt, daß im Falle des Erwerbs des Nießbrauchs das Recht des Dritten, der die Sache besitzt, nicht zurücktritt hinter das Recht des nichtbesitzenden Nießbrauchers.

Da das Gesetz selbst (§ 1060) von mehrfachem Nießbrauche spricht, so kann das Recht des Dritten auch in einem Nießbrauch bestehen, ohne daß das Vorhandensein dieses Nießbrauchs die Entstehung eines neuen Nießbrauchs hinderte.[1])

Wie wir bereits in dem Falle, wo Nießbrauch durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe bestellt wird, eine vom Gesetz statuierte Ausnahme vom Traditionsprinzipe kennen lernten, so gilt eine weitere solche Ausnahme im Falle der Bestellung des Nießbrauchs an Zubehörstücken[2]) eines Grundstücks durch den Eigentümer. § 1031 BGB., der erst von der 2. Kommission eingestellt ist, erklärt für den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Nießbrauchs an Zubehörstücken eines Grundstücks für entsprechend anwendbar die für den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Eigentums an Zubehörstücken geltenden Vorschriften des § 926. Danach erlangt, wenn bei der Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstücke der Besteller und der Erwerber darüber einig sind, daß sich der Nießbrauch auch auf die Zubehörstücke des Grundstücks erstrecken solle, der Erwerber mit dem Nießbrauch an dem Grundstück auch den Nießbrauch an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Besteller gehören; im Zweifel wird angenommen, daß sich der Nießbrauch auch auf das Zubehör erstrecken solle.[3]) Da nach § 873 BGB. der Erwerb des Nießbrauchs an einem Grundstücke durch Einigung und Eintragung erfolgt, so entsteht der Nießbrauch an den Zubehörstücken

---

[1]) Planck, BGB. Bd. 3 zu § 1032.

[2]) „Zubehör sind bewegliche Sachen, die ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird“ (§ 97 Abs. 1 BGB.).

[3]) Natürlich kann Nießbrauch an Zubehörstücken aber auch gesondert nach Maßgabe der §§ 929 ff. bestellt werden.

in dem Augenblicke, wo beiden Erfordernissen genügt ist. In diesem Momente entsteht der Nießbrauch an den Zubehörstücken von selbst, ohne daß es einer Tradition bedürfte, wenn sie nur jetzt vorhanden sind und dem Besteller gehören; es ist also nicht einmal erforderlich, daß der Besteller sie besitzt, es genügt, daß sie überhaupt vorhanden sind.

Ist hiernach im § 926 Abs. 1 eine Ausnahme vom Traditionsprinzip geschaffen, wenn es sich um Erwerb vom Eigentümer handelt, so gewinnt das Traditionsprinzip wieder Geltung, wenn der Besteller nicht Eigentümer der Zubehörstücke ist oder diese mit Rechten Dritter belastet sind. In diesem Falle erklärt § 926 Abs. 2 die §§ 932—936 für entsprechend anwendbar. Voraussetzung des Erwerbes ist, daß der Erwerber auf Grund der auf die Bestellung des Nießbrauchs an den Zubehörstücken gerichteten Einigung in den Besitz dieser gelangt ist. Ist dies der Fall, so erlangt der gutgläubige Erwerber den Nießbrauch an den Zubehörstücken nach den Vorschriften der §§ 932—935. Im Falle des § 929 Satz 2 erlangt also der Erwerber nur dann Nießbrauch, wenn er den Besitz von dem Besteller erlangt hatte, in den Fällen der §§ 930, 931 erst mit der Erlangung des Besitzes. Der gute Glaube des Erwerbers muß zur Zeit der Erlangung des Besitzes vorhanden sein. Waren die Zubehörstücke ihrem Eigentümer oder seinem Besitzmittler gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so erwirbt auch der gutgläubige Erwerber an ihnen keinen Nießbrauch.

Bestehen Rechte Dritter an den Zubehörstücken, so kommt § 1032 Satz 2 Halbsatz 2 zur Anwendung; es gehen demgemäß diese Rechte nicht unter, vielmehr treten sie nur hinter den Nießbrauch zurück, und zwar in denselben Fällen, in denen sie, wenn der Erwerber auf Grund seines guten Glaubens nach § 936 Eigentum erwürbe, erlöschen würden.

Wie das gemeine Recht kennt auch das BGB. einen Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen. „Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen“ (§ 1067 BGB.). Dieselben Formen, die bei der Bestellung des Nießbrauchs an unverbrauchbaren Sachen dem Erwerber den Nießbrauch verschaffen, verschaffen ihm hier das

Eigentum. Außer Anwendung muß lediglich der im § 1032 a. E. ausgesprochene Satz bleiben, daß der Nießbrauch den Rechten Dritter nur vorgeht; da hier der Nießbraucher Eigentümer wird, so bringt er Rechte Dritter gemäß § 936 zum Erlöschen.

Dieser sogen. uneigentliche Sachnießbrauch unterscheidet sich seiner juristischen Struktur nach vom eigentlichen Nießbrauche durchaus, er ist ein ganz anderes Rechtsinstitut als jener; er begründet Eigentum an der Nießbrauchssache, der eigentliche Nießbrauch stellt nur eine Belastung dieser dar.[1])

Uneigentlicher Nießbrauch kann sowohl nach gemeinem Recht als auch nach BGB. auch an Sachen geschaffen werden, die des eigentlichen Nießbrauchs fähig wären.

Gehört ein Inhaberpapier oder ein mit Blankoindossament versehenes Orderpapier zu den verbrauchbaren Sachen, so gelten, ohne Rücksicht darauf, daß das Papier auch eine Forderung verkörpert, die Regeln über den uneigentlichen Sachnießbrauch (§ 1084 BGB.).

---

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 929: „Der uneigentliche Nießbrauch ist bloß für die wirtschaftliche Betrachtung Recht an fremder Sache, seiner juristischen Form nach ist er eine Verbindung von Eigentum und Obligation".

Schluß.

Fassen wir nun zum Schluß die gewonnenen Ergebnisse noch einmal kurz zusammen:

Nach BGB. kann auf rechtsgeschäftlichem Wege Nießbrauch nur durch Vertrag begründet werden. Das gemeine Recht läßt außer der Willenserklärung unter Lebenden auch die von Todeswegen zur Entstehung des Nießbrauchs genügen.

Das BGB. hält für die rechtsgeschäftliche Begründung von dinglichen Rechten streng an dem Publizitätsprinzip fest; nach gemeinem Recht kommen wir zu dem Ergebnis, daß ein bloßer Vertrag hierzu genügt.

Auch von einem Nichtberechtigten kann nach heutigem Rechte ein gutgläubiger Erwerber dingliche Rechte erwerben; das gemeine Recht hält im wesentlichen an dem Satze fest: nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.

Die Abweichungen des BGB. vom gemeinen Recht beruhen in der Hauptsache auf deutschrechtlichem Gedanken; so der Schutz des guten Glaubens, die verschiedene Behandlung beweglicher und unbeweglicher Sachen, das Erfordernis der Eintragung zur Begründung von dinglichen Rechten an Grundstücken. Das BGB. hat vom gemeinen Recht nicht viel mehr als den Begriff des Nießbrauchs entlehnt; hinsichtlich der Begründung des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft folgt es mehr deutschrechtlichen als römischrechtlichen Gedanken; es stellt also nur zum geringen Teile ein Produkt römischrechtlicher Entwicklung dar.

Vergleichen wir die Brauchbarkeit der aus beiden Rechten gewonnenen Resultate für das praktische Leben, so tritt sofort die bedeutende Überlegenheit des BGB. klar hervor; welches Maß

von Rechtssicherheit gewährt allein der Schutz des guten Glaubens, welche Öffentlichkeit und Klarheit der Rechtsverhältnisse an Grundstücken und damit Erhöhung des Immobiliarkredits die Einrichtung der Grundbücher!

Welches Maß von Sicherheit und Leichtigkeit der Rechtsanwendung verbürgen aber auch schon ihrer äußeren Fassung nach die Bestimmungen des BGB. gegenüber den fast allenthalben streitigen und vieldeutigen Sätzen des gemeinen Rechts!

Wir dürfen es also nicht beklagen — und das gilt nicht nur für die Regelung des Nießbrauchs im BGB. —, daß das alte, von einem juristisch außerordentlich begabten Volke durch jahrhundertelange Übung ausgebildete, bis in die neueste Zeit hochangesehene römische Recht in unserm heutigen Recht neuen, vielfach aus dem deutschen Recht herrührenden Rechtsgedanken hat Platz machen müssen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Reinhold Schröder, Preuße, evangelischer Konfession, bin geboren am 25. Februar 1883 zu Wien als Sohn des Kaufmanns Karl Gregor Schröder und seiner Ehefrau Karoline geb. Scharnböck.

Nachdem ich in Wien bis zu meinem 9. Lebensjahre die Bürgerschule besucht hatte, kam ich Ostern 1893 auf das Wilhelm-Gymnasium in Hamburg, wo ich bis Michaeli 1896 blieb. Von da an bis zur Ablegung der Reifeprüfung (Ostern 1902) besuchte ich das Gymnasium zu Eutin.

Meine juristischen Studien betrieb ich auf den Universitäten Freiburg i. B. (1 Semester), Berlin (3 Semester) und Kiel (2 Semester) und bestand am 8. Juli 1905 vor der Kgl. Prüfungskommission zu Kiel das Referendarexamen.

Am 7. August 1905 wurde ich als Referendar beim Amtsgericht Sonderburg (Alsen) vereidigt.

Am 4. Juni 1908 bestand ich vor der juristischen Fakultät zu Breslau das mündliche Doktorexamen.

Zurzeit bin ich in Hirschberg i. Schl. beim Rechtsanwalt beschäftigt.